

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
PROGRAMA DE MESTRADO – TURMA ESPECIAL MINTER  
UFSC/UNOCHAPECÓ**

Alexandre Adriano Cichovicz

**A POLÍTICA CRIMINAL PARA O TRÂNSITO NO BRASIL:  
UMA LEITURA A PARTIR DO GARANTISMO JURÍDICO DE  
LUIGI FERRAJOLI E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA**

Dissertação de Mestrado  
apresentada ao Programa de Pós-  
Graduação da Universidade  
Federal de Santa Catarina – UFSC  
- Turma Especial MINTER  
UFSC/UNOCHAPECÓ, como  
requisito para obtenção do título de  
Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor  
Alexandre Morais da Rosa

FLORIANÓPOLIS  
2011

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da  
Universidade Federal de Santa Catarina

C568p Cichovicz, Alexandre Adriano

A política criminal para o trânsito no Brasil [dissertação]: uma leitura a partir do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e do princípio da dignidade da pessoa humana / Alexandre Adriano Cichovicz; orientador, Alexandre Moraes da Rosa. - Florianópolis, SC, 2011.

137 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Garantia (Direito). 3. Dignidade. 4. Criminologia. 5. Direito Penal. 6. Pena (Direito). 7. Trânsito – Infrações. I. Rosa, Alexandre Moraes da. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

Alexandre Adriano Cichovicz

**A POLÍTICA CRIMINAL PARA O TRÂNSITO NO BRASIL:  
UMA LEITURA A PARTIR DO GARANTISMO JURÍDICO DE  
LUIGI FERRAJOLI E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do Título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Direito, Estado e Sociedade.

Florianópolis, 05 de outubro de 2011.

---

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

**Banca examinadora:**

---

Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia  
Universidade do Vale do Itajaí



## RESUMO

Estamos vivendo tempos difíceis, tempos de desrespeitos aos direitos e garantias individuais, de um direito penal de emergência, onde a busca pela eficácia tem olvidado direitos e garantias individuais. E é neste contexto que se faz necessário um resgate da teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. Nesse sentido o Garantismo tem-se apresentado como uma teoria jurídica e política que revela grande potencial explicativo e propositivo para todos aqueles operadores jurídicos preocupados com as patológicas práticas operativas cada vez mais distantes do modelo jurídico-político centrado em direitos. É desenvolvido a partir da crítica ao Direito Penal, adquirindo atualmente pretensões generalistas, isto é, nasce como discurso de deslegitimação do sistema penal e alça seu potencial à estruturação de nova concepção sobre a teoria geral do Direito e do Estado (teoria política). De sorte que a presente investigação buscará realizar uma análise crítica do momento atual à luz da teoria do Garantismo Penal e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, correlacionando-os com a política criminal e, principalmente, com os ditames constitucionais, buscando uma fundamentação jurídico-constitucional para (dê)s legitimar a criminalização de condutas no trânsito. A pesquisa vincula-se à área de concentração denominada Direito, Estado e Sociedade e à linha de pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos, do programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Turma Especial MINTER UFSC/UNOCHAPECÓ. A pesquisa é bibliográfica, com consultas a diversas obras, periódicos, bancos de dados, legislações, estudos acadêmicos, disponibilizados na forma impressa e eletrônica e as conclusões deram-se a partir dessas análises. Como resultado da pesquisa aponta-se que ao contrário do afirmado por muitos, que consideraram a legislação de trânsito brasileira um grande avanço, vislumbrou-se exatamente o contrário, uma vez que o Código de Trânsito Brasileiro pouco inovou e, onde inovou, a exemplo da criação de um capítulo destinado à criminalização de algumas condutas tidas como mais graves, andou mal. E andou mal porque ao criar o chamado Direito Penal de Trânsito, fez uso de um procedimento em total desarmonia com um Direito Penal de índole garantística. Valendo-se de uma reforma penal pontual, cuja justificativa é um “clamor social”, um clamor social da mídia, que ao mesmo tempo em que manipula é manipulada, uma vez que é o instrumento de convencimento para uma política de ocasião.

(PALAVRAS-CHAVE) Garantismo Jurídico, dignidade humana, dogmática-penal, criminologia, política criminal, Trânsito, expansionismo penal, mídia, bem jurídico penal.

## **ABSTRACT**

We are living difficult times, times of disrespect for individual rights and guarantees of a criminal emergency, where the search for efficiency has forgotten individual rights and guarantees. And in this context a rescue of the Luigi Ferrajoli Criminal Guaranteed is made necessary. In this regard, the Guarantee has been introduced as a legal and political theory that reveals great explanatory potential and purpose for all those concerned with the legal operators pathological operating practices increasingly distant model focused on legal and political rights. It is developed from the criticism of the Criminal Law, currently acquiring general claims, that is, born as a discourse of illegitimacy of the criminal justice system and its potential do handle the new structure design of the general theory of law and the state (political theory). So that the current inquiry will seek to make a critical analysis of the current moment in the light of theory and Criminal Guaranteed Principle of Human Dignity, correlating them with the criminal policy, and especially to the dictates of the Constitution, seeking a legal-constitutional justification mandate to delegitimize the criminalization of conduct in traffic. The survey is linked to the concentration area known as Law, State and Society and the research line Constitution, Citizenship and Human Rights, the Master's program in Law at the Santa Catarina Federal University and at the Community University of Chapecó and Region, Special Class MINTER UFSC/Unochapecó. The survey is bibliographical consulted on several works, periodicals, databases, legislation, academic studies, available in print and electronic, were given up the conclusions from these reviews. As a result of research points out that unlike stated by many, who considered the Brazilian traffic laws a major breakthrough, was seen exactly the opposite since the Brazilian Traffic Code shortly innovated, and which has innovated, such as the creation of a chapter for the criminalization of certain behaviors considered most serious went wrong. It went wrong because when creating the so-called Criminal Traffic Law, used a procedure in a total non-harmonic temper guaranteed Criminal Law. Relying on a punctual penal reform, whose justification is a "public outcry", a public outcry in the media, at the same time handle is manipulated, once it is the instrument of persuasion to a political occasion.

(KEY WORDS) legal guarantees, human dignity, penal dogmatics, criminology, criminal policy, traffic, penal expansionism, media and criminal justice.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
1 O QUE É GARANTISMO? .....	15
1.1 AS GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS: OS DEZ AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI..	19
1.1.1 <i>Nulla poena sine crimine</i> . Trata-se do princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito .....	20
1.1.2 <i>Nullum crimen sine lege</i> . Refere-se ao princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito .....	20
1.1.3 <i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i> . Diz respeito ao princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal.....	23
1.1.4 <i>Nulla necessitas sine injuria</i> . Princípio da lesividade ou da ofensividade do fato.....	26
1.1.5 <i>Nulla injuria sine actione</i> . Refere-se ao princípio da materialidade ou da exterioridade da ação.....	27
1.1.6 <i>Nulla actio sine culpa</i> . É o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.....	28
1.1.7 <i>Nulla culpa sine judicio</i> . Princípio da jurisdicionariedade, no sentido lato ou no sentido estrito.....	30
1.1.8 <i>Nullum judicium sine accusatione</i> . Refere-se ao princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação .....	34
1.1.9 <i>Nulla accusatio sine probatione</i> . Princípio do ônus da prova ou da verificação.....	37
1.1.10 <i>Nulla probatio sine defensione</i> . É o princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade .....	40
1.1.10.1 DEFESA PESSOAL POSITIVA .....	42
1.1.10.2 DEFESA PESSOAL NEGATIVA (NEMO TENETUR SE DETEGERE).....	43
1.2 O JUIZ NO MODELO GARANTISTA .....	44
1.3 GARANTISMO E A TUTELA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....	51
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO .....</b>	<b>57</b>
2.1 A GLOBALIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PENAL .....	62

2.2 ADOÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO DIREITO PENAL DA GLOBALIZAÇÃO .....	65
<b>2.2.1 Conceito .....</b>	<b>70</b>
2.3 BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DIREITO PENAL .....	75
2.4 MISSÃO E LIMITES DO DIREITO PENAL .....	80
2.5 A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO, A MÍDIA E OS REFLEXOS NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL .....	85
<b>2.5.1 A Sociedade do espetáculo e o princípio da ampla defesa no proceso penal .....</b>	<b>88</b>
<b>2.5.2 A sociedade do espetáculo e o princípio da presunção da inocência .....</b>	<b>91</b>
<b>2.5.3 A sociedade do espetáculo e a imparcialidade do julgador .....</b>	<b>93</b>
<b>CAPÍTULO III</b>	
3 OS CRIMES EM ESPÉCIE À LUZ DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL .....	97
3.1 BEM JURÍDICO TUTELADO PELOS CRIMES DE TRÂNSITO ....	97
3.2 HOMICÍDIO CULPOSO E LESÃO CORPORAL DE TRÂNSITO (ART. 302 E 303) .....	100
3.3 OMISSÃO DE SOCORRO DE TRÂNSITO (ART. 304, DO CTB) ...	104
3.4 FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE (ART. 305, CTB) .....	106
3.5 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306) .....	108
3.6 VIOLAÇÃO DE SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER PERMISSÃO OU CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO ..	119
3.7 COMPETIÇÃO NÃO AUTORIZADA (ART. 308) E DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM PERMISSÃO OU HABILITAÇÃO OU AINDA SE CASSADO O DIREITO DE DIRIGIR (ART. 309) .....	120
3.8 PERMISSÃO OU ENTREGA TEMERÁRIA DA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A DETERMINADAS PESSOAS .....	121
3.9 VELOCIDADE INCOMPATÍVEL (ART. 311) .....	123
3.10 FRAUDE PROCESSUAL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO (ART. 312) .....	123
3.11 (I) LEGITIMIDADE DOS CRIMES DE TRÂNSITO .....	123
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>129</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>131</b>

## INTRODUÇÃO

Em 23 de setembro de 1997, foi publicada a Lei 9.503, que instituiu o atual Código de Trânsito Brasileiro que, grosso modo pouco inovou, embora tenha previsto um capítulo exclusivo elencando onze condutas tidas como mais graves à categoria de crimes. Destas, algumas já estavam codificados no Código Penal Brasileiro ou na Lei das Contravenções Penais, ao passo que outras foram criadas, e aquelas já existentes, ganharam nova roupagem, principalmente em relação à exasperação das penas.

A criação de um capítulo exclusivo para tipificar condutas cometidas na direção de veículos automotores trouxe enormes discussões, uma vez que dois movimentos distintos norteiam as discussões em torno do Direito Penal, o primeiro chamado de “Lei e Ordem”, capitaneado pelos Estados Unidos da América, e outro, denominado de “Direito Penal Mínimo”, em voga em alguns países europeus. O primeiro prega a punição a toda e qualquer conduta que vá de encontro a um ordenamento jurídico vigente, independentemente de sua gravidade ou de sua potencial ofensividade, apregoando a exasperação das penas aos crimes de pequeno potencial ofensivo como forma de prevenção a condutas de maior gravidade. O segundo parte do princípio de que se deve reservar ao Direito Penal um caráter subsidiário, devendo ser chamado somente quando outros ramos do Direito não consigam dar as respostas a eventuais condutas nocivas à ordem jurídica imposta.

Neste sentido, o Direito Penal como forma de tutelar condutas, deveria ser a *ultima ratio*, jamais o contrário. Tal corrente defende ainda, a descriminalização de determinadas condutas que não tragam maiores consequências para a sociedade, deixando sua punição para outros ramos do direito, a exemplo: Direito Administrativo ou Direito Civil, preconizando ainda, a aplicação de penas alternativas à prisão, reservando o cárcere para os indivíduos que realmente tragam perigo à sociedade.

Em meio a esse debate acadêmico, surge o Código de Trânsito Brasileiro, que vai ao encontro do primeiro movimento, e, como consequência, muitos foram os seus críticos, assim como muitos foram os seus defensores.

De maneira que estamos vivendo um momento de contradições em termos legislativos, já que a partir da Constituição de 1988, enfrentam-se esses dois movimentos, ora criando legislações mais repressivas e mesmo criminalizadoras (Lei dos crimes Hediondos, Lei

9.426/96 etc), ora proporcionando alternativas à pena privativa de liberdade (Lei 9.099/95, Lei 9.714/98 etc).

Um importante questionamento a fazer é se o Constituinte de 1988 concedeu a prerrogativa ao legislador infraconstitucional, para usar e “abusar” do Direito Penal, transformando o Estado Social Democrático de Direito, em um Estado Policialesco. Até que ponto esta “inflação legislativa”, que acaba culminando com a banalização do Direito Penal, reveste-se de legitimidade e, principalmente, constitucionalidade?

De sorte que a presente investigação buscará, através da pesquisa bibliográfica, realizar uma análise crítica do momento atual à luz da teoria do Garantismo Penal e do Princípio Da Dignidade da Pessoa Humana, correlacionando-os com a política criminal e, principalmente, com os ditames constitucionais, buscando uma fundamentação jurídico-constitucional para (dês)legitimar a criminalização de condutas no trânsito.

Para tanto, o trabalho que ora iniciamos encontra-se assim estruturado. No primeiro capítulo será exposta de forma sumária a nossa teoria de base, especificamente o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. O estudo focará o seu conceito, os dez axiomas que a fundamentam, o juiz no modelo garantista de Direito e, findando o capítulo, será delineado um modelo que preconiza a tutela do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

No segundo capítulo, analisaremos os motivos que tem levado os modernos ordenamentos a adotarem um modelo que privilegia o expansionismo penal, a tendência cada vez maior de se adotar a técnica legislativa de tipificação de condutas de perigo abstrato, o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, a missão e os limites do Direito Penal. Finalmente, faremos uma breve reflexão acerca do comportamento da mídia na sociedade do espetáculo e seus reflexos para o Direito Penal e para o Processo Penal.

No terceiro e último capítulo faremos uma análise crítica acerca dos crimes em espécie, tipificados na lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro, à luz da teoria do Garantismo Penal, bem como de todo aporte teórico delineado nos capítulos anteriores, buscando uma fundamentação jurídico-constitucional para a (dês)legitimação da criminalização de condutas no trânsito.

## CAPÍTULO I

Estamos vivendo tempos difíceis, tempos de desrespeitos aos direitos e garantias individuais, de um direito penal de emergência, onde a busca pela eficácia tem olvidado direitos e garantias individuais. Tempos, no dizer de Vera Andrade<sup>1</sup>, de cidadania mínima e direito penal máximo. Enfim, tempos de um voraz impulso regressivo que tenta abalar a construção da razão iluminista e libertária, que é o Estado de Direito.

E é neste contexto que se faz necessário um resgate da teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, e, para tanto, o presente estudo não se limitará a percorrer o tema diretamente da fonte, mas também se abrigará na doutrina que se formou em torno do tema, fonte inesgotável de debates, cuja teoria se encontra bem sedimentada, mas que infelizmente não recebe a mesma atenção da *práxis* forense e legislativa, já que parece evidente a existência de uma acentuada defasagem entre o modelo normativo de Estado e as práticas efetivas dos agentes e representantes da sociedade<sup>2</sup>.

Torna-se então premente lançar mão de teorias que possam analisar o modelo normativo, apontando as suas virtuais potencialidades, ao tempo em que denunciem o afastamento do modelo operado pelos Estados reais de Direito. Nesse caminho, o garantismo tem-se apresentado como uma teoria jurídica e política que revela grande potencial explicativo e propositivo para todos aqueles operadores jurídicos preocupados com as patológicas práticas operativas cada vez mais distantes do modelo jurídico-político centrado em direitos<sup>3</sup>.

O discurso garantista tem sua gênese no movimento do uso alternativo del diritto, surgido na década de sessenta/setenta no interior da Associação da Magistratura Italiana. É desenvolvido a partir da crítica ao Direito Penal, adquirindo atualmente pretensões generalistas, isto é, nasce como discurso de deslegitimação do sistema penal e alça seu potencial à estruturação de nova concepção sobre a teoria geral do Direito e do Estado (teoria política).<sup>4</sup>

O primeiro e mais sensível efeito da adoção do modelo penal de garantias é a negação, a priori, das teorias de prevenção especial

---

<sup>1</sup> ANDRADE, Vera Regina de Andrade. **Sistema penal máximo X cidadania mínima:** códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>2</sup> CADERMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. 2. ed., Campinas: Millenium, 2007.

<sup>3</sup> CADERMARTORI, Sergio. *op. cit.*

<sup>4</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias.** 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. XXV.

positiva (ressocializadoras) como argumento justificacionista da pena, e, posteriormente, das próprias justificações jurídicas às sanções.<sup>5</sup>

Assim, o garantismo apresenta-se como modelo interpretativo do sistema penal, como recurso heurístico de legitimação e/ou deslegitimação das normas e práticas do controle social formal.<sup>6</sup>

Ao fundar sua doutrina na secularização e na tolerância, e desconstruir o argumento ressocializador da resposta penal ao desvio punível, a teoria do garantismo impõe uma série de condições necessárias ao discurso jurídico, isto é, deriva inúmeras implicações teóricas que devem ser respeitadas.<sup>7</sup>

Ferrajoli opõe o Estado democrático de direito ao Estado autoritário e, como consequência, o modelo jurídico garantista ao modelo inquisitorial. O autor cria, a partir da terminologia weberiana, tipos ideais de Estado e de direito, ou seja, recursos heurísticos tendenciais e irrealizáveis, que servem de parâmetros à (dês)legitimação e/ou (dês)construção de sistemas de saber/poder.<sup>8</sup>

O impacto do pensamento ilustrado é muito superior às reduções de cunho fragmentador em diferentes áreas do conhecimento (v.g. desconstrução do modelo jurídico do medievo, viabilização da economia de mercado, legitimação da classe burguesa no poder). A filosofia ilustrada possibilita ao homem o reconhecimento de sua capacidade criativa e contestatória, e por isso o marco do pensamento iluminista é gênese da luta pelas humanidades. Não por outro motivo que a raiz iluminista aparece no interior do saber penal, local de reconhecimento e tutela dos direitos frente ao irracionalismo das teses inquisitivas.<sup>9</sup>

Dessa forma, é como discurso de resistência às novas tendências transnacionais no ramo do controle social, reflexo da reengenharia político-econômica, que exsurge a teoria garantista. Apresenta-se, pois, como saber crítico e questionador, como instrumento de defesa radical e intransigente dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações genocidas do direito e do Estado contemporâneo.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. XXV.

<sup>6</sup> Idem, p. XXVI.

<sup>7</sup> Idem, p. XXVI.

<sup>8</sup> Idem, p. 3.

<sup>9</sup> Idem, p. 80.

<sup>10</sup> Idem, p. 81.

## 1 O QUE É GARANTISMO?

Todo saber requer uma definição, prévia à delimitação de seu horizonte, que torne manifesta sua intencionalidade para permitir o controle de sua racionalidade. Essa tarefa é iniludível, em que pese ser toda definição odiosa porque limita e, por conseguinte, separa e, ao procurar explicar o universo abarcado, condiciona ao mesmo tempo um infinito campo de ignorância.<sup>11</sup>

Com a ressalva feita por Zaffaroni e Nilo Batista, podemos afirmar que Luigi Ferrajoli aponta três significados para delinear o espaço de abrangência da teoria do garantismo, vez que o garantismo como um modelo de (dês) legitimação teórico acerca do estado penal. Assim, afirma que a não consonância entre as práticas normativas, francamente garantistas, ao menos na maioria dos estados constitucionais modernos, e as práticas em níveis inferiores (prática jurídica), tem levado o modelo a um propósito meramente descritivo, servindo apenas como referência, porquanto em nome de uma defesa do estado de direito, é que se tem jogado.

O primeiro significado tem no garantismo um modelo normativo de direito. Assim, no que diz respeito ao Direito Penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.<sup>12</sup>

Nessa perspectiva podemos afirmar que o modelo garantista visa impor limites ao poder punitivo estatal, visando privilegiar a liberdade em detrimento do cárcere, deslegitimado toda e qualquer ação estatal que atente desnecessariamente ao direito de liberdade, porquanto em um legítimo Estado Democrático e Social de Direito, as políticas públicas de segurança devem-se pautar por medidas menos gravosas possível, deixando o cárcere como última alternativa.

Mas, adverte Ferrajoli que um modelo garantista não se perfectibiliza penas com normas de índole constitucional, necessitando

---

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. I, p. 39.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 786.

um efetivo instrumental para garantir o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.<sup>13</sup>

Numa segunda perspectiva o garantismo é uma teoria do direito e, ao mesmo tempo, crítica do direito – Portanto, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológicos e fora destes patologia – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. Sob ambos os aspectos, o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do Direito Penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo.<sup>14</sup>

Dito de outro modo, essa perspectiva crítica não é externa ao Direito, pelo contrário é interna, exigindo do jurista um aporte crítico do sistema vigente que, ao invés de esconder ou não apontar as antinomias e vícios anti-garantistas contidos na norma, aponta, e mais, os expurga do ordenamento, deslegitimando assim, modelos arbitrariamente impostos.

Na tentativa de estabelecer novos vínculos capacitadores de um sistema de proteção dos direitos fundamentais e da democracia, a teoria garantista propõe a alteração de três dimensões da esfera jurídico-política que subordinam a prática penal: (1ª) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (2ª) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e (3ª) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política). A partir desta tríplice (re) avaliação nasce a possibilidade de construção de uma teoria

---

<sup>13</sup> Idem, p. 786.

<sup>14</sup> Idem, p. 787.



geral do garantismo como parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva.<sup>15</sup>

A noção de validade das normas repassada ao senso comum teórico dos juristas permanece restrita à sua mera incorporação formal no sistema, isto é, se a norma, ato ou decisão respeita o processo de elaboração predeterminado, ingressa na órbita do jurídico como norma válida.<sup>16</sup>

Ocorre que, com a recepção dos valores iluministas pelas Constituições, a arquitetura do ordenamento e os vínculos entre as normas modificaram-se. A cadeia principiológica constitucionalizada (direitos fundamentais) determinou regras sobre a produção legal não reduzidas apenas às suas condições formais (procedimentais e de competência), mas, sobretudo, relativas ao seu conteúdo (vínculos substanciais).<sup>17</sup>

Em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidas a partir de suas representações normativas, e com a confiança a priori difusa da ciência jurídica na coerência entre normatividade e efetividade, a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal – e, em todo caso ao realizado e a realizar – de suas mesmas fontes de legitimação jurídica.<sup>18</sup>

Com efeito, a teoria garantista, ao partir do pressuposto epistemológico da centralidade da pessoa, mostra-se como uma teoria de legitimação ascendente (*ex parte populi*) que interroga o Estado de Direito a partir do nível jurídico, trazendo a discussão sobre o questionamento de leis “justas” ou “injustas” para o campo da teoria jurídica – substituindo essa terminologia pela de “leis vigentes/válidas” ou “vigentes/inválidas”. O critério de validade será o de harmonização ou não com os valores que são plasmados nas cartas de direitos fundamentais. Torna-se assim poderoso instrumento em mãos de operadores do Direito para questionar possíveis atropelos ao Estado de Direito por parte de autoridades tanto administrativas como legislativas.<sup>19</sup>

Finalmente, em um terceiro significado Ferrajoli afirma que a teoria do garantismo, caracteriza-se por ser filosofia do direito e também

---

<sup>15</sup> CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. 99.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 101.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 102.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 787.

<sup>19</sup> CADEMARTORI, Sergio. *op. cit.*, p. XI.

crítica da política, que requer do Direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre Direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do Direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do Direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.<sup>20</sup>

E é esta tendente e irreduzível ilegitimidade dos poderes o tema privilegiado da pesquisa de uma teoria de Direito de impositação garantista: que, por conseguinte, se configura principalmente como crítica do Direito positivo vigente, não meramente externa, ou política, ou de *iure condendo*, mas interna, ou jurídica, ou de *iure condito*, porque voltada aos seus delineamentos de não efetividade e de invalidade. Tal orientação, que bem podemos chamar “juspositivismo crítico”, se reflete no modo de conceber o trabalho do juiz e do jurista, pondo em questão dois dogmas do juspositivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e valorativa do jurista na observação do direito positivo vigente.<sup>21</sup>

Os fundamentos do Direito Penal moderno são lançados em bloco pela ilustração, tendo em vista a coerência de suas proposições: a lei penal – geral, anterior, taxativa e abstrata (legalidade) – advém de contrato social (jusnaturalismo antropológico), livre e conscientemente aderido por pessoa capaz (culpabilidade/livre arbítrio), que se submete à penalidade (retributiva) em decorrência da violação do pacto por atividade externamente perceptível e danosa (Direito Penal do fato), reconstituída e comprovada em processo contraditório e público, orientado pela presunção de inocência, com atividade imparcial de magistrado que valora livremente a prova (sistema processual acusatório).<sup>22</sup>

Ferrajoli parafraseia a expressão “autopoiese” empregada por Niklas Luhmann para designar o caráter auto-referencial associado por este último aos sistemas políticos, para designar aquelas doutrinas que fundamentam o Estado e o Direito sobre si mesmos, enquanto chamará de “heteropoiéticas” as doutrinas do segundo tipo.

---

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 787.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 804.

<sup>22</sup> CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. 43.

Enquanto para as doutrinas autopoiéticas o Estado é um fim em si mesmo, a cuja conservação e cujo reforço haverão de ser instrumentalizados o Direito e os direitos, subordinando tanto os indivíduos como a sociedade, a partir de um ponto de vista interno, para as doutrinas heteropoiéticas o Estado é um meio que se legitima unicamente pela finalidade de preservar e promover os direitos e garantias individuais. Aqui o ponto de vista é externo ao Estado, partindo da sociedade e dos indivíduos que a compõem, os quais são considerados os fins e valores que instituem o Estado para sua defesa. As doutrinas autopoiéticas de legitimação política são aquelas que postulam princípios legitimadores ex parte principis (do alto). Elas assumem o princípio da legalidade não só como princípio jurídico interno, mas como princípio axiológico externo, reduzindo a legitimidade política à legalidade jurídica, atribuindo valor às leis em função de sua forma ou de sua fonte (duce ou partido, por exemplo).<sup>23</sup>

Assim, pode-se concluir que o Estado só se legitima de fora para dentro, jamais o contrário. De maneira que no modelo garantista de direito ele é sempre meio e nunca fim. O fim, ao contrário do período absolutista, é a felicidade do ser humano, e o Estado, ser artificial que é, deve instrumentalizar as condições para a sua concretização.

## 1.1 AS GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS: OS DEZ AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

Os dez princípios propostos por Ferrajoli<sup>24</sup> definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal e, conforme observa o próprio autor, definem “[...] as regra do jogo fundamental do Direito Penal [...]” e foram elaboradas, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII. Para ele, os axiomas garantistas não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer. Cada um desses princípios (cada axioma) de que se compõe todo moderno Direito Penal enuncia uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Assim, passamos a delinear cada um

---

<sup>23</sup> CADEMARTORI, Sergio. *op. cit.*, p. 213.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 91.

dos dez axiomas propostos por Ferrajoli em seu modelo garantista do Direito Penal.

### **1.1.1 *Nulla poena sine crimine*. Trata-se do princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito**

O ilícito, de acordo com as estruturas lógicas das garantias, é uma condição normativa somente necessária e mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito. A garantia do caráter retributivo da pena – em virtude da qual só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é) – serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando seja considerado *de per si* mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito etc.<sup>25</sup>

### **1.1.2 *Nullum crimen sine lege*. Refere-se ao princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito**

Assim, o legislador deixou bastante claro, não admitir em termos de penalização, a criação de figuras criminosas através de outras fontes do Direito, como os costumes, doutrina e princípios gerais de direito, reservando de forma absoluta, somente à lei tal competência, sempre em observância a todos os trâmites reclamados pela Constituição. Devendo também, ser anterior ao cometimento do crime, consagrando o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, de maneira a garantir a segurança jurídica, permitindo a retroação somente quando estiver presente a possibilidade de se beneficiar o réu.

O princípio da legalidade, descrito no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal<sup>26</sup> e art. 1º do Código Penal Brasileiro, além de interferir nas fontes, nas formas de interpretação da lei penal (a reserva absoluta de lei, a proibição da analogia *in malam partem*, a proibição da retroatividade da lei penal incriminadora) e sobre a definição adequada

---

<sup>25</sup> Idem, p. 339.

<sup>26</sup> Art. 5º, XXXIX, CF: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

do tipo (técnica legislativa de formulação típica), dá ainda fundamento a quatro garantias do cidadão: garantia criminal, garantia penal, garantia processual e garantia de execução penal. Sob o ângulo da garantia criminal, o princípio da legalidade significa a necessidade de prévia descrição, sem cláusulas gerais ou conceitos porosos ou, mesmo, indefinidos. De uma conduta humana lesiva (ou que ponha em perigo) a bens de vital importância para a vida societária ou para o pleno desenvolvimento da pessoa humana.<sup>27</sup>

Já a garantia penal compreende a necessidade de explicitação da modalidade de pena e da quantidade de pena, dentro de balizas não dilatadas, cominadas para a prática do comportamento lesivo. Sob a ótica da garantia processual, o princípio da legalidade exige o reconhecimento do fato criminoso e a imposição individualizada e motivada de pena, respeitados os princípios atinentes à jurisdição, à ampla defesa, ao contraditório, à igualdade de armas, à liberdade de provas, à presunção de inocência etc.

Por fim, o princípio da legalidade envolve uma garantia executiva já que a “pena vive na execução”. “A aplicação do princípio constitucional da legalidade, como garantia executiva, implica, assim, o reconhecimento de que o preso não pode ser manipulado pela administração prisional como se fosse um objeto; de que, não obstante a perda de sua liberdade, é ainda sujeito de direitos, mantendo, por isso, com a administração penitenciária, relações jurídicas das quais emergem direitos e deveres, e de que a jurisdição deve fazer-se presente não apenas nos incidentes próprios da fase executória da pena, como também nos conflitos que possam eventualmente resultar da relação tensional preso-administração.”<sup>28</sup>

O *nullum crimen, nulla poena sine lege* tem sua longa história, por vezes acidentada, com fluxos e refluxos. Por isso já foi objeto de muitas interpretações, cada uma delas desempenhando papel político de realce, antes que se chegasse à concepção atual, mais ou menos cristalizada na doutrina. Presentemente, essa concepção é obtida no quadro da denominada “função de garantia da lei penal” que provoca o desdobramento do princípio em exame em quatro outros princípios, a saber:

- a. *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*;
- b. *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*;

---

<sup>27</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53.

<sup>28</sup> Idem, p. 53.

*c. nullum crimen, nulla poena sine lege stricta;*

*d. nullum crimen, nulla poena sine lege certa.*

*Lex praevia* significa proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. *Lex scripta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário. *Lex stricta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia (*analogia in malam partem*). *Lex certa*, a proibição de leis penais indeterminadas.

Com a aplicação concomitante desses quatro princípios, contidos por implicitude no princípio geral antes referido, constrói-se a denominada função de garantia da lei penal, que pode também ser entendida como autêntica “função de garantia individual das cominações penais”.<sup>29</sup>

Corolário do princípio da legalidade encontra-se o princípio da taxatividade. Tal princípio visa delimitar o trabalho legislativo de modo a não permitir que a norma penal incriminadora traga em seu bojo, a possibilidade de interpretação outra que não seja a tipificada para determinada conduta. Não se pode empregar na formação da norma, cláusulas genéricas, com expressões vagas e ambíguas, sob pena de transformar-se o juiz em verdadeiro legislador, violando-se assim, a função garantidora do tipo penal.

O desprezo ao “jogo combinado de generalização e de diferenciação” conduz o legislador desavisado ou malicioso ao emprego de “cláusulas gerais” na descrição da conduta proibida ou ordenada, instalando-se assim, o regime da indeterminação do tipo, o que se traduz na negação do próprio princípio da legalidade. *Definir*, nessa ótica, representa, portanto, estruturar com clareza as condutas criminosas de modo que possam ser, com facilidade, compreendidas por seus destinatários, e evitar a cominação de margens penais extremamente dilatadas. Se o legislador recorrer a “cláusulas gerais”, tornando indefinida e imprecisa a definição do comportamento humano, ou se dá ao tipo “margens penais” alargadas de forma a transformar o juiz em legislador, a arbitrariedade judicial poderá campear à solta, sem rei, nem roque.<sup>30</sup>

A realidade é muito mais fértil e fantasiosa do que sua capacidade de apreensão. Uma descrição fática, ainda que extremamente rica em minúcias, corre o risco de ser sempre insuficiente para abarcar todo o

---

<sup>29</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22-23.

<sup>30</sup> FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p. 52-53.

espectro de ações do ser humano que se mostra, a todo momento, surpreendente e problemático. O máximo de concentração descritiva não impediria o surgimento de incontáveis procedimentos merecedores de punição, que permaneceriam, contudo, em face da proibição da interpretação analógica, à margem do tipo. Daí procurar o legislador a montagem de estruturas típicas mais flexíveis, dotando-as de uma linguagem menos casuística, de forma a tutelar, com melhor eficiência os bens, os valores e os interesses que embasam a sociedade. O apelo a uma redação genérica não significa, porém, que ele possa idear figuras criminosas com o emprego de expressões vagas ou ambíguas. Há que impor limites a esse processo de generalização, sob pena de inculcar-se no sistema penal o vírus destruidor do princípio da legalidade, anulando-se, por via de consequência, a função garantidora do tipo. A adoção de um critério descritivo mais abstrato importa o dever do legislador de “classificar as características diferenciais que são decisivas para delimitar os tipos penais” e de “destacá-las com o emprego de conceitos específicos gerais. Somente através do jogo combinado de generalização e de diferenciação, criam-se as bases metódicas da formação de tipos em direito penal, através das quais a função de garantia da lei penal alcança sua importância prática”.<sup>31</sup>

O que se pretende é que o legislador, já no momento mesmo da construção do tipo penal, expresse de modo inequívoco (taxativo) a ofensividade da conduta (na forma de uma lesão ou de um perigo concreto de lesão).

### **1.1.3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* . Diz respeito ao princípio da *necessidade* ou da economia do Direito Penal**

Se os dois primeiros princípios respondem à pergunta “quando castigar”, este terceiro princípio constitui a principal resposta, elementar e talvez um pouco sumária, dada pelo pensamento iluminista à pergunta “como punir”.<sup>32</sup> Assim, denota-se que a pena não deve estabelecer mais do que o estritamente necessário no ato punitivo. Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser

---

<sup>31</sup> Idem, p. 52-53.

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 363.

tratado nunca como um “meio” ou “coisa”, senão sempre como “fim” ou “pessoa”.<sup>33</sup>

Num modelo de Estado Democrático (e Social) de Direito, sustentado por um princípio antropocêntrico, não teria sentido, nem cabimento, a cominação ou aplicação de pena flagrantemente desproporcionada à gravidade do fato. Pena desse teor representa ofensa à condição humana, atingindo-a, de modo contundente, na sua dignidade de pessoa. O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, “o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).<sup>34</sup>

Neste sentido Ferrajoli se manifesta:

Não é só, e, sobretudo, não é tanto por razões econômicas, senão por razões morais ligadas àquele princípio, quaisquer que sejam as vantagens ou desvantagens que dele possam derivar, que a pena não deve ser cruel nem desumana; e os princípios são tais precisamente porque não se aderem ao que em cada caso convenha. Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Idem, p. 364.

<sup>34</sup> FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p. 67.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 364.



E ainda:

Excluída qualquer finalidade de emenda ou disciplinatória, a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, como escreveu Francesco Carrara, “não perverta o réu”: quer dizer, que não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne o pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas. É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho – não obrigatório, senão facultativo – juntamente com o maior número possível de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa; que, por fim, seja promovida a abertura da prisão – os colóquios, encontros conjugais, permissões, licenças etc. – não mediante a distribuição de prêmios e privilégios, senão com a previsão de direitos iguais para todos.<sup>36</sup>

Trata-se de um critério de economia que procura obstaculizar a elefantíase penal, legitimando proibições somente quando absolutamente necessárias. Os direitos fundamentais, neste caso, corresponderiam aos limites do direito penal.<sup>37</sup>

Assim, é vedado ao legislador estabelecer normas que penalizem desproporcionalmente condutas delituosas idênticas, bem como penalizar condutas de pouca relevância penal, com penas excessivamente altas e desnecessárias, valendo-se do Direito Penal, unicamente como instrumento de controle social.

---

<sup>36</sup> Idem, p. 365.

<sup>37</sup> CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. 91.

### 1.1.4 *Nulla necessitas sine iniuria*. Princípio da lesividade ou da ofensividade do fato

Esse é o significado sublime da fórmula *nulla lex sine iniuria*. O Direito Penal, pelo seu caráter subsidiário, só deve ser convocado a agir, quando a conduta lesiona ou expõe um bem jurídico a perigo de dano. Mas para impedir que o legislador, sob o amparo da legalidade, transforme em crime qualquer comportamento, é necessário que a regra da reserva legal seja amparada pelo princípio da lesividade do bem jurídico. Caracterizando-se como uma limitação ao poder estatal, uma vez que só lhe é permitido penalizar condutas que tenham um caráter de relevância criminal, suscetível de que aquele bem seja lesionado ou posto em grave perigo, necessitando assim, da tutela penal. Se compararmos o antigo art. 32 da Lei das Contravenções Penais, que contemplava a conduta de dirigir sem habilitação sem nenhuma preocupação com qualquer ofensa ao bem jurídico, com o atual art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que expressamente exige perigo de dano, notar-se-á claramente não só a diferença entre uma descrição meramente formalista e outra garantista, senão também o valor do *nulla lex sine iniuria* no Direito Penal.<sup>38</sup>

O *nulla lex sine iniuria*, nesse sentido, é um axioma que complementa a natureza garantista do princípio da legalidade. De certa maneira é um complemento (um *plus*) à exigência liberal e garantista da *lex certa*, que proclama que o tipo penal tem a função de determinar com a maior clareza possível o que está proibido e, por exclusão, o que está permitido. Quanto mais o legislador se aprofunde na concretização do bem jurídico protegido e defina com precisão o tipo e ofensa punível, mais segurança estará outorgando ao tipo penal (é dizer, ao Direito Penal).<sup>39</sup>

Não só, portanto, o tipo de conduta (causadora de riscos, segundo o juízo *ex ante*) deve vir bem delineado na descrição legal, senão também e, sobretudo, o tipo de ofensa ao valor contemplado na norma penal (valorativa). Quanto mais determinado seja o tipo de ofensa ao valor protegido (*Wertverletzungstypus*), mais adequada (e constitucional) será a lei. Em consequência, a otimização da garantia da

---

<sup>38</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35-36.

<sup>39</sup> Idem, p. 37.

*lex certa* está na proporção direta com a estrita observância do axioma *nulla lex sine iniuria*.<sup>40</sup>

Por força de todas as exigências constitucionais e político-criminais, em suma, não há dúvida que o *nullum crimen sine lege* não se esgota na simples descrição de uma conduta “materialmente neutra” diante do bem jurídico protegido. Um autêntico e garantista tipo penal deve contemplar expressamente a modalidade da ofensa para que dessa constatação possa ser melhor delineado o bem jurídico.<sup>41</sup>

A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas. Infelizmente, no estágio atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica.<sup>42</sup>

### **1.1.5 *Nulla iniuria sine actione*. Refere-se ao princípio da materialidade ou da exterioridade da ação**

Nilo Batista registra quatro funções básicas do princípio da lesividade, sendo que a primeira está intimamente atrelada ao princípio da materialidade. Assim, pela primeira função busca-se proibir incriminações de atitudes internas, posto que as idéias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir fundamento de tipo penal, nem mesmo quando se orientam para a prática de um crime. Isto não quer dizer que o Direito Penal não se interesse pela atitude interna do homem. Antes da perspectiva da culpabilidade encontraremos esse interesse no dolo (isto é, na consciência e vontade do autor acerca da conduta objetiva proibida), bem como em intenções, motivos e certos estados especiais de ânimo. Em qualquer hipótese, todavia, é imprescindível que a atitude interna esteja nitidamente associada a uma conduta externa.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Idem, p. 37.

<sup>41</sup> Idem, p. 37.

<sup>42</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *op. cit.*, p. 29.

<sup>43</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 92.

A segunda é a de proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Por esta veda-se a autolesão e os atos preparatórios como formas de condutas de ingresso no sistema penal. Da mesma forma, o simples conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime não será punido, se sua execução não for iniciada. É a base para não se punir, ademais disso, o crime impossível.<sup>44</sup>

A terceira função é a de proibir a incriminação de simples estado ou condições existenciais. O Direito Penal de um Estado Democrático de Direito só pode ser um Direito Penal da ação e não um Direito Penal do autor, que é incompatível com as exigências de certeza e segurança jurídicas próprias do Estado de Direito.<sup>45</sup>

Por fim, proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Conduta desviada, aqui e alhures, representa, na acepção de Clinard, conduta orientada em direção fortemente desaprovada pela coletividade.<sup>46</sup>

### **1.1.6 *Nulla actio sine culpa*. É o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal**

Contrapondo a teoria da responsabilidade penal objetiva, encontra-se a teoria subjetiva da responsabilidade penal, que tem como corolário o princípio da culpabilidade.

Através dessa concepção, entende-se, genericamente, que só é possível a atribuição de um ato ilícito a partir do exame da intenção do autor, ou seja, de sua culpabilidade *lato sensu* (ampla). O princípio da culpabilidade liga-se a uma concepção de homem como pessoa, ou seja, como um ente dotado de capacidade de decidir acerca da conduta a ser realizada. Portanto, quando há um juízo de reprovabilidade, o Direito Penal está reconhecendo o caráter de ente responsável do acusado, não apenas uma simples relação entre causa e efeito, ou seja, entre seu comportamento e o resultado produzido.

Essa evolução do conceito de culpabilidade desenvolvida pelo Direito Penal é que permite afastar a possibilidade de admitir-se a responsabilidade objetiva. Assim, na responsabilidade objetiva, a relevância jurídica, ou seja, a prevalência, reside no resultado, independentemente da tipicidade subjetiva.

---

<sup>44</sup> Idem, p. 92.

<sup>45</sup> Idem, p. 93.

<sup>46</sup> Idem, p. 94.

Na responsabilidade subjetiva ocorre o contrário. A prevalência reside na conduta. O resultado continua importante, todavia, não é só. Antes de tudo, urge indagar a postura do agente diante do evento danoso. O Direito Penal moderno realça, cada vez mais, a importância da responsabilidade subjetiva, banindo categoricamente a responsabilidade objetiva.

O fundamento é novamente que as sanções penais somente podem ser necessárias, eficazes e idôneas (com todas as conotações político-constitucionais destes princípios) para a prevenção de fatos pessoais ou de descumprimento da responsabilidade pessoal em relação a fatos alheios, mas seriam absolutamente inidôneas e sem sentido para determinar aos cidadãos em relação a fatos alheios ou a acontecimentos naturais em cuja realização ou evitação não influíram nem puderam influir. A responsabilidade penal é sempre pessoal.<sup>47</sup>

Nilo Batista informa que o princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja reprovável.<sup>48</sup>

Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforismo ‘a culpabilidade não se presume’. Em segundo lugar, temos a personalidade da responsabilidade penal, da qual derivam duas conseqüências: a intranscendência e a individualização da pena. A intranscendência impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime (ou, mais analiticamente, dos autores e partícipes do crime). A responsabilidade penal é sempre pessoal. Não há no Direito Penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva. Por individualização se entende aqui especialmente a individualização judicial, ou seja, a exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina.<sup>49</sup>

Neste sentido, não se pode admitir a penalização de alguém que, ao tempo da ação ou omissão, não tinha condições de aferir a ilicitude

---

<sup>47</sup> FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p. 59.

<sup>48</sup> BATISTA, Nilo *op. cit.*, p. 103.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 104 -105.

do ato praticado (inimputável), nem tão pouco, a atribuição de um fato criminoso a alguém, por uma mera relação de causalidade, entre a conduta e o evento resultante da ação, não se perquirindo se agiu com dolo ou culpa, penalizando apenas a conduta, independente de qualquer análise da existência, ou não, de um liame psicológico entre a conduta e o resultado.

Por este princípio, que é um verdadeiro contraponto à teoria da responsabilidade penal objetiva, evidenciado fica que toda e qualquer norma que vise penalizar apenas a conduta, sem perquirir se o agente agiu como dolo ou ao menos com culpa, não atentando para os cuidados necessários à não realização da conduta tida como criminosa, deve ser varrida do mundo jurídico, pois carrega consigo o vício pernicioso da inconstitucionalidade.

### **1.1.7 *Nulla culpa sine judicio*. Princípio da jurisdicionariedade, no sentido lato ou no sentido estrito**

A correlação biunívoca entre garantias penais e processuais é o reflexo do nexos específico entre lei e juízo em matéria penal. No plano lógico, antes de tudo, estrita submissão à jurisdição e estrita legalidade se pressupõem alternadamente, e valem conjuntamente para garantir – e não só para definir – o caráter cognitivo de um sistema penal: a jurisdição penal, de fato, se configura, bem mais que a administração ou outras formas de jurisdição, como “aplicação” ou “afirmação” da lei. No plano teórico, além disso, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe, necessariamente, como condições da prova, as garantias da materialidade, da ofensividade e da culpabilidade, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é por elas pressuposta. Por fim, no plano teleológico, legalidade e submissão à jurisdição são complementares no que respeita à função utilitária da prevenção geral que é própria do Direito Penal. Precisamente, enquanto o princípio de legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faida) àquela pública do Direito Penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão “judiciário”, ou seja, estranho às partes

interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões em oposição.<sup>50</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil proclama, em seu art. 5º, LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens.<sup>51</sup>

A tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei.

Desta forma, a liberdade prevista no inciso XIII do mesmo art. 5º permite que só possa haver restrição ao exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão desde que respeitados os procedimentos delineados em lei.<sup>52</sup>

O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele.<sup>53</sup>

O caráter instrumental do processo demonstra que ele (o processo) é meio para se efetivar os direitos e garantias individuais assegurados na Constituição e nos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte, não sendo, como pensam alguns autores, instrumento para se aplicar o Direito Penal, única e exclusivamente.<sup>54</sup>

A garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas “ter um juiz”, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição.<sup>55</sup>

Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei.

Ainda que o princípio da jurisdicionalidade tenha um importante matiz interno (exclusividade dos tribunais para impor a pena e o

---

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 496.

<sup>51</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 03.

<sup>37</sup> Idem, p. 04.

<sup>38</sup> Idem, p. 05.

<sup>39</sup> Idem, p. 07.

<sup>40</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. I, p. 117.

<sup>55</sup> Idem, p. 117.

processo como caminho necessário), ela não fica reclusa a esses limites. Fazendo um questionamento mais profundo, Ferrajoli vai se debruçar nos diversos princípios garantistas que configuram um verdadeiro esquema epistemológico, de modo que a categoria de garantia sai da tradicional concepção de confinamento para colocar-se no espaço central do sistema penal.<sup>56</sup>

A garantia da jurisdicionalidade deve ser vista no contexto das garantias orgânicas da magistratura, de modo a orientar a inserção do juiz no marco institucional da independência, pressuposto da imparcialidade, que deverá orientar sua relação com as partes no processo. Ademais, o acesso à jurisdição é premissa material e lógica para a efetividade dos direitos fundamentais.<sup>57</sup>

Nesse sentido Ferrajoli,

Com base nesse duplo nexos entre razão e liberdade, podemos identificar os valores da jurisdição penal com a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva, com a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, com a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, também com o respeito à sua verdade. Isto supõe, obviamente, que se conceba o direito penal não mais apenas como instrumento de prevenção dos delitos, mas também, segundo as teses desenvolvidas no capítulo VI, como técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito. Coerentemente com tais finalidades, o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro.<sup>58</sup>

E ainda:

---

<sup>56</sup> Idem, p. 118.

<sup>57</sup> Idem, p. 118.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 503.



É precisamente essa dupla função garantista que confere valor político e intelectual à profissão do juiz, exigindo-lhe tolerância às razões controversas, atenção e controle sobre todas as hipóteses e contra-hipóteses em conflito, imparcialidade diante do conflito, prudência, equilíbrio, ponderação e a dúvida como hábito profissional e como estilo intelectual. Para sua realização, enquanto o consenso é desnecessário, podendo até mesmo ser danoso, é possível, e não preocupante, a divergência da maioria. Há um só sujeito do qual sói preocupar-se que os juízes obtenham, senão o consenso, ao menos a confiança, graças a garantias idôneas de exceção: e esse sujeito é o imputado, habitualmente expressão não da maioria, mas de uma minoria mais ou menos marginalizada e sempre em conflito com o interesse punitivo do Estado e das suas expressões políticas.<sup>59</sup>

Esse princípio impõe, ainda, a inderrogabilidade do juízo, no sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição.

Ademais, o acesso à jurisdição é premissa material e lógica para a efetividade dos direitos fundamentais.

Trata-se de verdadeira exclusividade do juiz legalmente instituído para exercer a jurisdição, naquele determinado processo, sem que seja possível a criação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CB). Considerando que as normas processuais não podem retroagir para prejudicar o réu, é fundamental vedar-se a atribuição de competência *post facto*, evitando-se que os juízes ou tribunais sejam especialmente atribuídos poderes (após o fato) para julgar um determinado delito. Por fim, a ordem taxativa de competência é indisponível, não havendo possibilidade de escolha.<sup>60</sup>

O princípio do juiz natural não é mero atributo do juiz, senão um verdadeiro pressuposto para a sua própria existência.

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade

---

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 503.

<sup>60</sup> Idem, p. 119.

democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.<sup>61</sup>

Contudo, a independência não significa uma liberdade plena (arbitrária), pois sua decisão esta limitada pela prova produzida no processo, com plena observância das garantias fundamentais (entre elas a vedação da prova ilícita) e devidamente fundamentada (motivação enquanto fator legitimante do poder).<sup>62</sup>

### **1.1.8 *Nullum iudicium sine accusatione*. Refere-se ao princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação**

No plano teórico a dicotomia “acusatório/inquisitório” pode utilmente designar uma dúplici alternativa: primeiramente aquela entre dois modelos opostos de organização judiciária e por conseguinte entre duas figuras de juiz; em segundo lugar aquela entre dois métodos igualmente contrapostos de investigação processual e, portanto, entre dois tipos de juízo. Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, Ferrajoli chama de inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.<sup>63</sup>

De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas pelo modelo garantista. Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de espectador passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte – em posição da paridade com a defesa –

---

<sup>61</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 121.

<sup>62</sup> Idem, p. 121.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 520.

consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado.<sup>64</sup>

É da própria essência do processo de estrutura acusatória a existência de um órgão judicante equidistante e que assegure a presença das partes numa situação de efetiva igualdade e reciprocidade.

É cediço que, na relação jurídico-processual penal, são três os sujeitos processuais: juiz, acusador (Ministério Público ou o ofendido) e réu (sujeito ativo do fato, em tese, definido como infração penal). Porém, na medida em que o Estado-juiz chamou para si a tarefa de administrar a justiça, proibindo o exercício arbitrário das próprias razões (cf. art. 345 do CP), exige-se do órgão julgador um desinteresse por ambas as partes. Ou seja, deve o Estado-juiz interessar-se apenas pela busca da verdade processual, esteja ela com quem estiver, sem sair de sua posição supra partes.<sup>65</sup>

A gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especialmente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim supra-partes e preservando sua imparcialidade. O sistema acusatório exige um juiz espectador, e não um juiz ator (típico do modelo inquisitório).<sup>66</sup>

Como ensina Jacinto Coutinho, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição do crime, enquanto fato histórico, através da instrução probatória, é a gestão da prova o princípio unificador que irá identificar se o sistema é inquisitório ou acusatório. Se a gestão da prova está nas mãos do juiz, como tema inquisitório (juiz ator). Contudo, quando a gestão da prova está confiada às partes, está presente o núcleo fundante de um sistema acusatório (juiz espectador).<sup>67</sup>

Razão pela qual Ferrajoli afirma:

---

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op cit*, p. 522

<sup>65</sup> RANGEL, Paulo. *op. cit.*, p. 19

<sup>66</sup> *Idem*, p. 189

<sup>67</sup> COUTINHO (*apud* LOPES JR, Aury), *op. cit.*, p. 189

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados justamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instancias repressivas expressas pela primeira.<sup>68</sup>

Juiz imparcial pressupõe juiz independente e independência pressupõe garantias constitucionais que visem dar segurança ao juiz de que, no exercício de suas funções, não sofrerá coações políticas ou funcionais, constrangimentos que possam ameaçá-lo da perda do cargo. A imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade da influência sobre a decisão que será prolatada, pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional.<sup>69</sup>

As garantias constitucionais a que nos referimos (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) não pertencem à pessoa física do juiz, mas sim à sociedade, que tem o direito de ver os conflitos de interesses de alta relevância social solucionados de forma justa e imparcial.<sup>70</sup>

A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da perseguição penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, separando, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais.<sup>71</sup>

Assim, enquanto ao sistema acusatório de fato convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, e, portanto, mais prudente que sapiente, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 556.

<sup>69</sup> RANGEL, Paulo. *op. cit.*, p. 19.

<sup>70</sup> Idem, p. 20.

<sup>71</sup> Idem, p. 20.

<sup>72</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 530.

### **1.1.9 *Nulla accusatio sine probatione*. Princípio do ônus da prova ou da verificação**

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental, surgia a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Nesta fica consignado, em seu art. 9º que:

Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.<sup>73</sup>

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo, e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeita à prova e à refutação – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.<sup>74</sup>

Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.

Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de

---

<sup>73</sup> RANGEL, Paulo. *op. cit.*, p. 23.

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 505.

direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda da legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.<sup>75</sup>

Beccaria, a seu tempo, já chamava a atenção para o fato de que um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida.<sup>76</sup>

Em relação ao tema Adauto Suannes assevera:

Nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade da pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio de isonomia, pois a Constituição Federal, não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contra não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputado.<sup>77</sup>

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab) uso das prisões

---

<sup>75</sup> Idem, p. 506.

<sup>76</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 191.

<sup>77</sup> SUANES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 232.

cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?).

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.<sup>78</sup>

Assim, sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve (ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

Lopes Jr<sup>79</sup>, extrai do princípio da presunção da inocência as seguintes consequências:

a) Predetermina a adoção da verdade processual, relativa, mas dotada de um bom nível de certeza prática, eis que obtida segundo determinadas condições.

b) Como consequência, a obtenção de tal verdade determina um tipo de processo, orientado pelo sistema acusatório, que impõem a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios e consagração do juiz de garantias ou garantidor).

c) Dentro do processo, se traduz em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos (carga da prova).

d) Traduz-se, por último, em regras de tratamento do acusado, posto que a intervenção do processo penal se dá sobre um inocente.

Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (*regla del juicio*), e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab) uso das prisões cautelares).

A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusado, diante da imposição do *In Dúbio Pro Reo*); a

---

<sup>78</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 194.

<sup>79</sup> Idem, p. 192.

limitação a publicidade abusiva (para redução dos danos decorrentes da estigmatização prematura do sujeito passivo); e, principalmente, a vedação ao uso abusivo das prisões cautelares.

### **1.1.10 *Nulla probatio sine defensione*. É o princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade**

O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui com o axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas.<sup>80</sup>

Essa concepção do processo como disputa ou controvérsia remete ao paradigma da *disputatio* elaborado pela tradição retórica clássica e legado, por meio da experiência inglesa, ao processo acusatório moderno. E exprime os valores democráticos do respeito da pessoa do imputado, da igualdade entre as partes contendoras e da necessidade prática – além da fecundidade lógica – da refutação da pretensão punitiva e da sua exposição ao controle do acusado.

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 564

<sup>81</sup> Idem, p. 565



O contraditório por ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.<sup>82</sup>

Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois obriga a que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo acusado. O adágio está atrelado ao direito de audiência, no qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sobre pena de parcialidade.

O juiz deve dar “ouvido” a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas de metade do que deveria ter conhecido.<sup>83</sup>

Assim, o contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no iter procedimental.

Ainda dentro do princípio ora comentado, necessário se faz uma breve descrição das espécies de defesa possíveis dentro de um processo de índole acusatório. Assim, é que se apresentam a defesa técnica e a defesa pessoal.

De maneira que a defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado<sup>84</sup>.

A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz. Pode existir uma dificuldade de compreender o resultado da atividade desenvolvida na investigação preliminar, gerando uma

---

<sup>82</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 194.

<sup>83</sup> *Idem*, p. 195.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 198.

absoluta intranquilidade e descontrole. Ademais, havendo uma prisão cautelar, existirá uma impossibilidade física de atuar de forma efetiva.<sup>85</sup>

A necessidade da defesa técnica está expressamente consagrada no art. 261 do CPP<sup>86</sup>, onde se pode ler que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

No âmbito internacional, o art. 8.2. da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê o direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se livremente e em particular com seu defensor. Também garante o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.<sup>87</sup>

Na atualidade, a presença do defensor deve ser concebida como um instrumento de controle da atuação do Estado e de seus órgãos no processo penal, garantindo o respeito à lei e à justiça. Se o processo penal deve ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, o defensor deve ajustar-se a esse fim, atuando para sua melhor consecução. Está intimamente vinculado ao direito fundamental da salvaguarda da dignidade humana, obrigando o defensor a uma atividade unilateral, somente a favor daquele por ele defendido. O defensor unicamente tem que vigiar o processo penal para evitar infrações da lei ou injustiças contra seu cliente, sem, é claro, atuar fora da legalidade.<sup>88</sup>

#### 1.1.10.1 DEFESA PESSOAL POSITIVA

Junto à defesa técnica, existem também atuações do sujeito passivo no sentido de resistir pessoalmente à pretensão estatal.

Também a autodefesa negativa reflete a disponibilidade do próprio conteúdo da defesa pessoal, na medida em que o sujeito passivo pode simplesmente se negar a declarar. Se a defesa técnica deve ser indisponível, a autodefesa é renunciável. A autodefesa pode ser renunciada pelo sujeito passivo, mas é indispensável para o juiz, de modo que o órgão jurisdicional sempre deve conceber a oportunidade

---

<sup>85</sup> Idem, p. 198-199.

<sup>86</sup> Art. 261: Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único: A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

<sup>87</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 200.

<sup>88</sup> Idem, p. 201.

para que aquela seja exercida, cabendo ao imputado decidir se aproveita a oportunidade para atuar seu direito de forma ativa ou omissiva.<sup>89</sup>

A autodefesa positiva deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc. Em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade.<sup>90</sup>

#### 1.1.10.2 DEFESA PESSOAL NEGATIVA (NEMO TENETUR SE DETEGERE)

O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal. Para isso, deve ser considerado como um direito e não como dever, assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico.<sup>91</sup>

O direito de calar também estipula um novo dever para a autoridade policial ou judicial que realiza o interrogatório: o de advertir o sujeito passivo de que não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem feitas. Se calar constitui um direito do imputado e ele tem de ser informado do alcance de suas garantias, passa a existir o correspondente dever do órgão estatal a que assim o informe, sob pena de nulidade do ato por violação de uma garantia constitucional.

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatório da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

Sublinha-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado.<sup>92</sup>

Assim, para o pensador garantista<sup>93</sup>, aos princípios descritos nos itens 1, 2 e 3 incumbe responder às perguntas: “*quando e como punir*” e expressam as garantias relativas à pena. Por sua vez, os princípios descritos nos itens 4, 5 e 6 respondem às perguntas: “*quando e como*

---

<sup>89</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 202.

<sup>90</sup> Idem, p. 202.

<sup>91</sup> Idem, p. 206.

<sup>92</sup> Idem, p. 207.

<sup>93</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 92.

*proibir*” e expressam as garantias relativas ao delito e, por último, os princípios relacionados nos itens 7, 8, 9 e 10 respondem às perguntas: “*quando e como julgar*” e expressam as garantias relativas ao processo.

De maneira que os termos empregados por Ferrajoli para formulação das condições de possibilidade do modelo são onze: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. As categorias mencionadas seriam pré-requisitos, implicações deonticas ou princípios sem os quais se tornaria impossível a determinação da responsabilidade penal e a aplicação da pena, pois criam um rol axiomático que permite a constatação e punição do fato-crime.<sup>94</sup>

A cadeia elaborada pelo autor serve como instrumento avaliativo de toda incidência do sistema penal, da elaboração da norma pelo legislativo à aplicação/execução da pena. Viabiliza ao intérprete uma principiologia adequada para (dê)s legitimação de toda atuação penal: teoria da norma (princípio da legalidade, princípio da necessidade e princípio da lesividade); teoria do delito (princípio da materialidade e princípio da culpabilidade); e teoria processual penal (princípio da jurisdicionalidade, princípio da presunção de inocência, princípio acusatório, princípio da verificabilidade probatória, princípio do contraditório e princípio da ampla defesa).<sup>95</sup>

Tais princípios, no direito positivo pátrio, muitas vezes, são insuficientes, especialmente nas legislações ordinárias e suas violações, nos distintos níveis normativos do ordenamento, restam evidenciadas.

## 1.2 O JUIZ NO MODELO GARANTISTA

Ferrajoli correlaciona as espécies de juízes, com o modelo de processo adotado por determinado ordenamento jurídico, sendo que aquele vinculado ao modelo acusatório, deverá atuar como um espectador privilegiado, dedicado primordialmente à valoração objetiva e imparcial dos fatos. Por outro lado, o juiz atrelado ao modelo inquisitório, transforma-se de espectador em protagonista, já que representa o interesse punitivo estatal, não se limitando a receber os fatos, exercendo um verdadeiro papel policial, dotado, portanto, de capacidade investigativa.

A característica mais expressiva do moderno Estado Constitucional reside exatamente no fato de que a produção jurídica é

---

<sup>94</sup> CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. 85.

<sup>95</sup> Idem, p. 85.

disciplinada por normas não apenas de caráter formal, mas também por normas de substância ou materiais, de direito positivo. A produção jurídica é “também programada nos seus conteúdos por princípios constitucionais que limitam e vinculam os poderes normativos, dirigindo-os ao respeito e à satisfação dos direitos fundamentais”. Grassa a essas características, é “o próprio ‘dever ser’ do direito, e não só o seu ‘ser’ – o seu modelo axiológico e não só a sua existência – que foi positivado como Direito sobre Direito, na forma de limites e vínculos à produção jurídica”. Essa nova abordagem permite visualizar a legalidade sob duas perspectivas diversas: a perspectiva formal que leva em conta “as normas formais sobre a organização do poder e, em particular, sobre o princípio majoritário e sobre a divisão de poderes e a perspectiva substancial, expressa pelos princípios e direitos fundamentais”.<sup>96</sup>

Assim, graças ao novo modelo denominado garantístico, em contraposição ao modelo positivista, “o direito contemporâneo não programa somente as suas *formas* de produção através de normas procedimentais sobre a formação das leis e dos outros atos normativos. Programa ainda os seus *conteúdos* substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e aos valores inscritos nas Constituições mediante técnicas” de garantia. É óbvio que tal modelo acarreta consequências, em vários níveis do paradigma anteriormente adotado, mas o que, agora, interessa, em particular, é definir o papel que o juiz passa a exercer na interpretação e na aplicação da lei.<sup>97</sup>

Em resumo, é mister que se questione o tipo de relacionamento que o juiz deve manter com a Constituição e com as leis infraconstitucionais e o fundamento da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário. O juiz e a Constituição devem ter, em verdade, uma relação de intimidade: direta, imediata, completa. Há um nível de cumplicidade de que os atrai e os enlaça. Na medida em que, de maneira explícita ou implícita, dá-se positivamente constitucional aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelece-se, ao mesmo tempo, um sistema de garantias com o objetivo de preservá-los. O juiz passa a ser o garantidor desse sistema. Não pode, por isso, em face de violações ou de ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, permanecer num estado de inércia ou de indiferença ou mesmo admitir que o legislador infraconstitucional se interponha indevidamente entre ele e a

---

<sup>96</sup> FRANCO, Alberto Silva. *op cit.*, p. 69.

<sup>97</sup> Idem, p. 69-70.

Constituição. “A garantia da Constituição é a da Constituição no seu complexo normativo, tomando como um todo. A garantia da constitucionalidade é a garantia de que, em cada relação jurídica ou situação de vida, prevalece o dispositivo constitucional e de que se pratica um ato permitido pela Constituição; ou, por outras palavras, é a garantia de que cada norma e cada comportamento subordinado à Constituição lhe são conformes. Uma implica a outra, porque a Constituição existe para ser interpretada, aplicada, cumprida, desenvolvida, posta em vigor.” Bem por isso, deve o juiz, no modelo garantístico, renunciar quer à função de “boca repetidora” da lei, quer à função meramente corretiva da lei.<sup>98</sup>

Não é mais admissível, nem tolerável, num Estado Democrático de Direito, o entendimento de que ao juiz só caiba “extirpar do trabalho do legislador ordinário – bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado – aquilo que não pode coexistir com a Constituição”, aquilo que “há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior” porque o juiz não é legislador e não tem “a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. O juiz, segundo esse modelo nitidamente positivista, tem não intimidade, mas um profundo distanciamento da Constituição. Esse juiz é um técnico, um burocrata, um temeroso respeitador das formas constitucionais, um seguidor fiel de regras porque elas simplesmente existem e, por isso, têm validade formal. Seu formalismo chega a ponto de renunciar à verificação da existência, ou não, de colisão da lei infraconstitucional com o conteúdo material da Constituição para satisfazer-se apenas no exame da mera concordância formal com a Lei Maior.<sup>99</sup>

No paradigma garantístico, no entanto, o papel do juiz é inteiramente diverso. “A sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à lei qualquer que seja, o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais

---

<sup>98</sup> Idem, p. 70-71.

<sup>99</sup> Idem, p. 70.

e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos. Era isto, e não outra coisa – diga-se de passagem – o que se entendia há vinte anos com a expressão ‘jurisprudência alternativa’, em torno da qual tantos equívocos surgiram: interpretação da lei conforme à Constituição e, quando a contradição é insanável, dever do juiz de declarar a invalidez constitucional; portanto, já não uma sujeição à lei de tipo acrítico e incondicional, mas sim sujeição, antes de mais, à Constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas por meio da sua reinterpretação em sentido constitucional ou a sua denúncia por inconstitucionalidade.<sup>100</sup>

No mesmo sentido anota Alexandre Morais da Rosa:

Neste pensar, compete especificamente ao magistrado, no modelo garantista, renunciar à função de boca repetidora da lei ou mesmo de corretiva desta. O magistrado, no modelo positivista tradicional, possui relação formal com a Constituição, demitindo-se – até inconscientemente, às vezes – do dever ético-político de absoluta intimidade com o texto constitucional. Esse magistrado é um burocrata informado pelo arsenal técnico disponibilizado pela dogmática jurídica, valorizador da forma, em desfavor da substância. Acredita, ainda, que a forma é a garantia da eficácia do direito, sem qualquer valoração, cumprindo as normas simplesmente porque existem e tem vigência (aspecto meramente formal). Continua interpretando a Constituição à luz do Código Civil. Renuncia ao irrenunciável: o seu poder-dever de controlar difusamente a constitucionalidade material do ordenamento infraconstitucional, tranqüilizando-se com a mera concordância formal com a Lei Maior.<sup>101</sup>

É a partir dessa nova compreensão do papel do juiz no Estado Democrático de Direito, e, portanto, do reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais consagrados na Constituição,

---

<sup>100</sup> FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p. 72.

<sup>101</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle da constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 90.

que se busca, na atualidade, fundamento à legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário.<sup>102</sup>

Diante desse modelo garantístico, é na área penal, em particular que se deve materializar a conexão juiz-Constituição. Por comodidade, ou por amedrontamento, o juiz penal se aparta, muitas vezes, do conteúdo substancial da Constituição para repelir direitos ou garantias fundamentais ou para apegar-se a uma legislação infraconstitucional que lhe é atritante. E, assim agindo, o juiz penal perde a perspectiva de sua dimensão constitucional, o que representa um grave perigo para o cidadão. Cada vez mais se torna necessário enfatizar que a todo juiz penal, além da sua natural competência, está reservada, mercê de sua direta vinculação com as normas materiais da Constituição, a jurisdição constitucional das liberdades. E essa jurisdição, para a sobrevivência de uma sociedade democrática, tem de ser necessariamente exercida. A opção do juiz penal pela Constituição, pela garantia das liberdades, pela dignidade da pessoa humana, enfim, pela proteção integral dos direitos humanos fundamentais tem um preço alto, custoso mesmo. Incompreensões, com frequência; medos, não raro; angústias, tantas; carreiras cortadas ou destruídas, muitas. Mas, afinal, para que vale ser juiz, se o ser que o habita não for de carne, osso e sangue e não se atirar, com inteiro, e com coragem, sempre, na realização de sua missão tutelar dos direitos fundamentais da pessoa humana?<sup>103</sup>

Os dois extremos da reposta processual penal descritos (acusatório/inquisitório) apresentam, inexoravelmente, escopos diferenciados. O modelo garantista acusatório vincula-se à racionalidade do juízo, tendo como objetivo principal a máxima tutela das liberdades contra os poderes. O modelo irracionalista inquisitivo é isento de instrumentos de contenção à intervenção do poder punitivo, gerando sistema incerto e ilimitado. A finalidade das diferentes sistemáticas é relativa à opção em sacrificar ou não a liberdade individual frente à possível inaplicabilidade da lei penal.<sup>104</sup>

O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do

---

<sup>102</sup> FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p. 71.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>104</sup> CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. 19.



sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.<sup>105</sup>

O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, não devendo julgar conforme deseja a maioria e, não podendo, ficar inerte diante de violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados ou que brotem dos tratados e convenções firmados pelo Brasil.<sup>106</sup>

Assume, assim, uma nova posição no Estado Democrático de Direito, sem que com isso sua atuação seja política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas, absolvendo sempre que não existirem provas plenas e legais de sua responsabilidade penal.<sup>107</sup>

De sorte que a possibilidade de realização do modelo garantista está apoiada numa cultura garantística, fundada no respeito aos Direitos Fundamentais, tendo como palco de batalhas a jurisdição, mormente Constitucional. A jurisdição passa a ser um lugar do contra-poder do modelo paleopositivista, buscando-se implementar a racionalidade garantista.<sup>108</sup>

Caberia, portanto, à crítica do direito não ‘organizar’ o ordenamento, dando-lhe o falso acabamento de coerência e completude, mas, ao contrário, explicar sua incoerência e sua falta de completude mediante juízos de invalidação das normas inferiores e, correspondentemente, de não efetividade das normas superiores. A única coisa que não se pode fazer, sob pena de incoerência e inconsistência científica do discurso jurídico, é ocultar as antinomias e as lacunas ou, ainda, afirmar, por força de uma atitude dogmaticamente avaliativa e contemplativa das leis (somente porque vigentes), a simultânea validade tanto nas normas que permitem como das que proíbem um mesmo comportamento.<sup>109</sup>

Assim, se democracia formal diz respeito ao quem e ao como das decisões, consolidando regras procedimentais de expressão da vontade da maioria, a democracia substancial estabelece limites ao que pode (ou não) e deve (ou não) ser deliberado por esta mesma maioria, configurando normas substanciais limitativas ou imperativas do Estado

---

<sup>105</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 122.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 122.

<sup>107</sup> *Idem*, p. 122.

<sup>108</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. *op. cit.*, p. 89.

<sup>109</sup> CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. 105.

constitucional de direito. Os direitos fundamentais, como afirmado alhures, são o(s) limite(s) e o objeto do Direito, caracterizando o fim e os meios, bem como o sentido das normas e das decisões que podem ou não ser tomadas nos Estados democráticos.<sup>110</sup>

Os garantidores desse sistema não podem, portanto, em face de violações ou de ameaças de lesão aos Direitos Fundamentais constitucionalmente reconhecidos, manter a indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais avancem sobre esses bens, sem qualquer levante/resistência constitucional.<sup>111</sup>

De sorte que, reconhece-se a importância do judiciário dentro deste contexto, segundo a concepção garantista, a magistratura exerce um papel fundamental no que se refere ao critério de interpretação da lei conforme a Constituição, ou seja, o juiz vai além da condição de um mero executor da vontade do legislador ordinário ou de um mero aplicador da lei. Neste prisma, o magistrado, diante de possíveis contradições da norma com a Constituição deverá, sempre, optar por esta última, vez que é a verdadeira fonte de validade daquela. Denota-se, portanto, caber ao julgador um papel de extrema relevância para se manter a ordem jurídica e o respeito aos ditames constitucionais, bem como à sistematização do Direito Penal.

Sua importância reside, justamente na sua imparcialidade, uma vez que não deve o julgador quedar-se por pressões políticas ou pelo “clamor social”, mesmo que sua decisão venha contrariar a maioria, pois é de sua essência a salvaguarda da Constituição, e, por consequência, dos direitos fundamentais.

Por isso, cabe ao juiz no ato de julgar, desprender-se da lei, principalmente, quando esta for injusta, desproporcional, desnecessária, inválida, por fim, inconstitucional, pois sabemos que para ser aprovada uma lei com tais características basta ter maioria no Congresso Nacional.

No modelo garantista, Streck<sup>112</sup>, enfatiza que o Juiz e a Constituição devem ter uma relação de intimidade: direta, imediata e completa. Há, neste contexto, um nível de cumplicidade que os atrai. Na medida em que se dá positividade constitucional aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelece-se um sistema de garantias com o objetivo de preservá-los. O juiz, neste contexto, passa a ser o

---

<sup>110</sup> Idem, p. 107.

<sup>111</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *op. cit.*, p. 89.

<sup>112</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise - Uma construção hermenêutica da construção do direito**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.70.

garantidor desse sistema. Não pode, portanto, o julgador, em face de violações ou de ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, permanecer num estado de inércia, ou que o legislador infraconstitucional se interponha indevidamente entre ele e a Constituição.

De maneira que, ao identificar o despotismo do legislador, o julgador, antes da prerrogativa, tem o dever de afastá-lo, sob pena de vermos triunfar a barbárie legislativa.

Nesse sentido, a Constituição estabelece princípios que não constituem apenas uma orientação de caráter formal endereçada aos legisladores e aos operadores do Direito, mas que se constituem, acima de tudo, garantidores da dignidade da pessoa humana.

### 1.3 GARANTISMO E A TUTELA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Difícil precisar com absoluta certeza o marco inicial do princípio da dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet<sup>113</sup> sugere, com as devidas ressalvas, que é com o cristianismo que inicialmente vai se falar em dignidade da pessoa humana, citando passagens bíblicas que trazem algumas referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhanças de Deus, premissa segundo a qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano, mas não apenas os cristãos, premissa que, durante muito tempo foi negada por parte das instituições cristãs e seus integrantes, é dotado de valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Na primeira fase do cristianismo, quando esta havia assumido a condição de religião oficial do Império, destaca-se o pensamento do Papa São Leão Magno, sustentando que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o Homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo. Com efeito, no pensamento de Tomás de Aquino, restou afirmada a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que por força

---

<sup>113</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade.<sup>114</sup>

O que se denota dos textos acima é uma visão absoluta de dignidade humana, considerando o ser humano, em face da proclamada semelhança a Deus, um ser superior em relação aos demais, visão absolutamente limitada por concepções de cunho moral/religioso.

Assim, é que para a afirmação da idéia de dignidade humana, foi especialmente preciosa a contribuição do espanhol Francisco de Vitória, quando, no século XVI, no limiar da expansão colonial espanhola, sustentou, relativamente ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos habitantes, dos índios e baseado no pensamento estóico e cristão, que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana – e não pelo fato de serem cristãos, católicos ou protestantes – eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos, proprietários e na condição de signatários dos contratos firmados com a coroa espanhola. Foi precisamente no âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.<sup>115</sup>

Muito embora na obra de Hugo Grócio e Thomas Hobbes, a dignidade tenha sido objeto de referência, foi apenas em Samuel Podendorf, que se pode constatar um passo efetivo em termos de ruptura com a tradição anterior e a elaboração do que se pode considerar uma primeira formulação tipicamente secular e racional da dignidade da pessoa humana, com fundamento na liberdade moral como característica distintiva do ser humano. Com efeito, ao passo que para Grócio a dignidade humana se manifesta no âmbito do direito à sepultura, no que guarda relação com o respeito com o cadáver, para Hobbes, a dignidade, numa acepção que remonta em parte ao período clássico, no sentido da dignidade como representando o valor do indivíduo no contexto social, está essencialmente vinculada ao prestígio pessoal e dos cargos exercidos pelos indivíduos, cuidando-se, portanto, de um valor atribuído pelo Estado e pelos demais membros da comunidade a alguém.<sup>116</sup>

Já para Samuel Pufendorf, a noção de dignidade não está fundada numa qualidade natural do homem e tampouco pode ser identificada

---

<sup>114</sup> Idem, p. 34.

<sup>115</sup> Idem, p. 35.

<sup>116</sup> Idem, p. 35-36.

com a sua condição e prestígio na esfera social, assim como não pode ser reconduzida à tradição cristã, de acordo com a qual a dignidade é concessão divina. Pufendorf sustenta que mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção.<sup>117</sup>

Foi, contudo, com Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais.

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.<sup>118</sup>

Com base nesta premissa, Kant sustenta que “o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, tem contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”.<sup>119</sup>

É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana.

Assim, independentemente de outras concepções acerca da dignidade da pessoa humana, é inegável a importância do pensamento Kantiano, no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta

---

<sup>117</sup> Idem, p. 36.

<sup>118</sup> Idem, p. 37.

<sup>119</sup> Idem, p. 38.

(pessoa) considerada como fim, não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano. É por isso que Sarlet afirma que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é: “irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade”.<sup>120</sup>

E ainda:

Além disso, como já frisado, não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes. Inclusive consigo mesmos.<sup>121</sup>

Portanto, a partir do momento em que se constata que a teoria do garantismo tem por objeto principal, servir de suporte teórico para a deslegitimação das arbitrariedades cometidas pelo poder punitivo estatal, evidenciado fica sua função de tutela do princípio da dignidade humana, uma vez tal princípio impõe respeito aos direitos humanos, limitando o poder estatal, utilizando meios que respeitem o ser humano, impondo-lhe o mínimo de sofrimento possível e não o retrocesso na execução penal, culminando nessas violências aos direitos individuais constitucionalmente garantidos.

A ideia de Estado como entidade teleologicamente direcionada à proteção dos direitos fundamentais permite a afirmação de que a legitimidade do modelo jurídico-político não é interna e vertical, mas externa e horizontal. A estrutura do direito e do Estado não é justificada em si mesma, pois o seu referencial é dirigido à dignidade da pessoa humana.

A centralidade da pessoa e o respeito pelos direitos humanos determinam os critérios de justificação externa do poder, delimitando os pressupostos normativos de tolerabilidade do sistema. Se desde o seu interior Direito e Estado são legitimados substancialmente pelos direitos

---

<sup>120</sup> Idem, p. 50.

<sup>121</sup> Idem, p. 51-52.

fundamentais, externamente são os direitos humanos que propiciam os parâmetros avaliativos do seu nível de justiça, servindo de norte ao próprio conteúdo do pacto social: a Constituição.<sup>122</sup>

Para explicar essa opção e redefinir os critérios de legitimidade, proporcionando que esta provenha do exterior, Ferrajoli parte da categoria autopoiesis, criando um conceito heteropoiético de legitimidade. A categoria autopoiesis designaria o caráter auto-referencial dos sistemas políticos, no qual o Estado representa um fim em si mesmo – podemos dizer que são autopoieticas todas as doutrinas de *'legittimazione dall'alto'*, a começar pelas pré-modernas que fundamentam a soberania do Estado sobre entidades metafísicas e meta-históricas como Deus, religião, natureza e semelhantes. Na concepção heteropoiética, a legitimidade da entidade política é uma *'legittimità dal basso'*, isto é, o Estado é percebido não como fim, mas como instrumento de tutela dos direitos fundamentais. O primado do Estado sobre a sociedade é invertido.<sup>123</sup>

No entanto, se a sanção se manifesta através da violência, surge uma pertinente indagação levantada por Kelsen: qual seria a diferença entre o Estado (comunidade jurídica) e um 'bando de saqueadores', visto que ambos adotam a violência para privar determinadas pessoas de seus bens (vida, liberdade, patrimônio et coetera).<sup>124</sup>

A questão está situada na legitimidade do poder político. A concepção garantista (heteropoiética), estruturada na centralidade da pessoa humana, vincula legitimidade do poder ao(s) seu(s) vínculo(s) com os direitos humanos. Divergentes dessa noção encontram-se os modelos de legitimidade pela mera legalidade, estruturas autopoieticas que fundamentam a validade das normas e das práticas estatais – ou seja, das violências – exclusivamente no ordenamento jurídico.<sup>125</sup>

Para evitar a corrupção do estado de paz pelo estado beligerante, a única solução razoável seria a criação da sociedade política e, consequentemente, do estado civil: evitar o estado de guerra – no qual não há apelo senão para o céu – é a razão decisiva para que os homens se reúnam em sociedade deixando o estado de natureza; onde há autoridade, poder na Terra do qual é possível conseguir amparo mediante apelo, exclui-se continuidade do estado de guerra, decidindo-se a controvérsia por aquele poder.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. 112.

<sup>123</sup> Idem, p. 112.

<sup>124</sup> Idem, p. 118.

<sup>125</sup> Idem, p. 118.

<sup>126</sup> Idem, p. 31.

Ao pactuar, o indivíduo não aliena todos os seus direitos à entidade garante, mas mantém uma esfera de liberdade na qual a interferência do Estado é ilegítima: a esfera da liberdade de pensamento e de consciência.<sup>127</sup>

O consenso limita o poder estatal, vinculando-o ao princípio da legalidade e garantindo ao cidadão direitos supra-estatais. Nesses termos, a violação dos direitos do cidadão por parte de outrem permite ao Estado a punição legítima. De outra parte, a violação desses mesmos direitos por parte de um dos três poderes constituídos (exercício além do direito que configura a tirania) deslegitima a entidade garantidora, nascendo novos direitos e obrigações sob pena de retorno ao estado de natureza. O estado é, pois, poder que não tem outro objetivo senão a preservação e, portanto, não poderá ter nunca o poder de destruir, escravizar ou propositalmente empobrecer os súditos.<sup>128</sup>

Em relação à *humanidade* das sanções penais, especialmente quando se trata da perda da liberdade, pelas múltiplas consequências que, sabidamente, acarreta é um princípio que tem sua raiz calcada no artigo 5º, XLIX<sup>129</sup> da Carta Magna, abrangendo, ainda, a proscrição da pena de morte (salvo em hipóteses excepcionais expressamente definidas), cruéis, infamantes, dentre outras vedações. Garantindo-se, ainda, que no momento da aplicação da sanção, o julgador leve em conta os fatores individuais (materiais) que conduziram o agente à prática do ilícito.

O pensamento de Franco<sup>130</sup> coroa o acima aventado, quando afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a viga mestra de todo o arcabouço jurídico e que se constitui num fio condutor que faz a amarração de todas as normas constitucionais. De sorte que para o modelo garantista a efetividade de um Estado Democrático de Direito só se perfectibiliza com o respeito aquele princípio.

De maneira que, após este despretenso passeio pela teoria do Garantismo Penal, culminando com uma apreciação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, passaremos no próximo capítulo a dissertar acerca do expansionismo penal e, para tanto, necessário se faz, um breve estudo do comportamento da mídia em relação ao processo penal, assim como um estudo, ainda que superficial das funções e limites do Direito Penal.

---

<sup>127</sup> Idem, p. 33.

<sup>128</sup> Idem, p. 34.

<sup>129</sup> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

<sup>130</sup> FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p. 49-50.



## CAPÍTULO II

### 2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO

O momento atual tem exigido do Direito Penal que saia do ostracismo, para transformar-se em protagonista, senão ator principal naquilo que se convencionou chamar de sociedade do risco, terminologia cunhada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em livro de mesmo nome, onde aponta profundas transformações na sociedade, principalmente em face das inovações tecnológicas que acabam por apontar na direção de uma nova forma de organização social. Beck defende ter havido uma ruptura dentro da modernidade que afastou a sociedade industrial clássica e fez surgir algo diferente, ou seja, a sociedade industrial do risco. Os riscos assim, funcionam a partir daquilo que Beck denominou Efeito Boomerang, porquanto os riscos geram situações de perigo social que afetam as diversas camadas da sociedade de forma diferenciada, havendo uma tendência em prejudicar mais os menos poderosos. Entretanto, aqueles que produzem ou se beneficiam destes riscos não estão livres de igualmente ser atingidos por eles.

Nesse sentido afirma:

Contenido en la globalización y sin embargo caramente diferente de ella es um modelo de reparto de los riesgos em el que se encierra una buena cantidad de dinamita política: los riesgos afectan más tarde o más temprano a quienes los producen o se benefician de ellos. Los riesgos muestran en su difusión um efecto social de bumerang: tompoco los ricos y lo poderosos están seguros ante ellos. Los efectos secundários anteriormente latentes golean también a los centros de su producción. Los próprios actores de la modernización caen de uma manera enfática y muy oncreta em ele remolino de los peligros que desencadean y de los que se benefician. Esto puede suceder de formas muy diversas.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva sociedad. Barcelona: Paidós Básica, 1998, p. 43.

A consequência mais premente desta preferência pelo Direito Penal, tem sido, sem dúvida, o seu agigantamento, o que em princípio vai de encontro a toda a construção teórica acerca de seus limites de atuação.

Dentre as mais possíveis variáveis para o incremento da atuação penal, podemos apontar o movimento midiático que, irracionalmente, ainda que com ares de cientificidade, proclama a todo o momento a punição como “remédio” para os males da violência urbana, a globalização, a sociedade do risco que, em face da enormidade de riscos produzidos a partir da inovação tecnológica, produz um temor exacerbado, fazendo com que as pessoas passem a clamar cada vez mais por segurança, obtendo como resposta a antecipação da tutela penal através da técnica legislativa de criação de crimes de perigo abstrato, etc.

Assim, o extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Como também as tem a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas. Entre elas, a que interessa aqui ressaltar é a configuração do risco da procedência humana como fenômeno social estrutural. Isso pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços da indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc. Mas, também, porque a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, desloca para a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais.<sup>132</sup>

Tudo isso evidencia que, inegavelmente, estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual – pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional – alcançou níveis até então desconhecidos. Sem embargo, a profunda correlação das esferas de organização individual incrementa a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas. Dado que, no mais, tais resultados se produzem em muitos casos a longo prazo e, de todo modo, em um

---

<sup>132</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35 -36.

contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema. Daí o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em termos de perigo presumido).<sup>133</sup>

De maneira que todos esses elementos geram episódios freqüentes de violência (em sua acepção mais ordinária de “criminalidade de rua” individual e em outras manifestações) mais ou menos explícita. Nesse modelo, de efeito, a própria convivência aparece como uma fonte de conflitos interindividuais. O fenômeno da “criminalidade de massas” determina que o “outro” se mostre muitas vezes, precisamente e, sobretudo, como um risco, o que constitui a outra dimensão (não tecnológica) de nossa “sociedade do risco”.<sup>134</sup>

De qualquer maneira, mais importante que tais aspectos objetivos é seguramente a dimensão subjetiva de tal modelo de configuração social. Desde essa última perspectiva, nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da “insegurança sentida” (ou como a sociedade do medo). Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. É certo, desde logo, que os “novos riscos” – tecnológicos e não tecnológicos – existem. Tanto é assim que a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança.<sup>135</sup>

A solução para a insegurança, ademais, não se busca em seu, digamos, “lugar natural” clássico – o direito de polícia -, senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior clareza demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas

---

<sup>133</sup> Idem, p. 38.

<sup>134</sup> Idem, p. 40.

<sup>135</sup> Idem, p. 41.

se vêem às vezes tachadas de excessivamente “rígidas” e se apregoa sua “flexibilização”.<sup>136</sup>

E é fato que, em um mundo no qual as dificuldades de orientação normativa – se converta em uma busca quase obsessiva. Com efeito, em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito Penal a missão fundamental de gerar consenso é reforçar a comunidade.<sup>137</sup>

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora última *ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, à medida que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar. Isso mesmo se mantido um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação. E, com maior razão, se tal modelo sofrer fraturas que o desnaturalizem por completo.<sup>138</sup>

Silva Sánchez revela além dos fatores acima, o fato de que uma parcela da criminologia de esquerda, tem visualizado no Direito Penal o instrumento adequado para proteger seus interesses. De maneira que, começam a ver a si mesmos mais como vítimas potenciais do que como autores potenciais.

Se os tais “gestores” vinham sendo tradicionalmente determinados por estamentos burgueses conservadores, hoje adquirem tanto ou mais relevância em tal papel as associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos (contra os pequenos traficantes de drogas), pacifistas (contra propagação de ideologias violentas), antidiscriminatórias (contra ideologias racistas ou sexistas, por exemplo) ou, em geral, as organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em várias partes do mundo. Todas elas encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses.<sup>139</sup>

No mesmo sentido Alberto Silva Franco assevera:

---

<sup>136</sup> Idem, p. 51.

<sup>137</sup> Idem, p. 52.

<sup>138</sup> Idem, p. 79.

<sup>139</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *op. cit.*, p. 82.

Na década de 80 os ares da Política criminal tinham tomado outra direção. A ressocialização, como objetivo nuclear e legitimador da intervenção penal, tinha perdido espaço. A tese abolicionista de que o crime não tinha realidade ontológica e de que os conflitos sociais ou problemas que realmente existiam só poderiam ser equacionados através da negociação de todas as partes neles envolvidas entrara num processo de crise. Surgiram, nessa época, movimentos progressistas, centrados nos grupos ecológicos, feministas e alternativos, e tais movimentos provocaram novas reivindicações de intervenção penal. As posturas da criminologia crítica foram colocadas de quarentena exatamente por grupos ideologicamente próximos. A proposta da abolição do controle social penal foi posta em xeque não apenas pelos movimentos, feminista e ecológico, mas principalmente pelos criminólogos que constituíram o grupo denominado “novos realistas” ou “realistas de esquerda”.<sup>140</sup>

E ainda:

Eram exatamente os fracos, os débeis do sistema social, diziam que sofriam as conseqüências das ações delitivas, de forma que a supressão do mecanismo penal servia para atingi-los em primeiro lugar. Era preciso, portanto, lutar contra o crime e para este combate deveria ser empregado o próprio instrumento repressivo submetido, no entanto, a um controle menos seletivo. Ao mesmo tempo, novos bens jurídicos supraindividuais começaram a vir à tona e a exigir tutela penal. Tudo estava a indicar novos rumos, outro paradigma. O direito penal liberal e as garantias, que lhe eram próprias, tornaram a ressurgir a todo vapor. Não apenas as garantias formais, mais principalmente as garantias materiais que estavam ínsitas no próprio núcleo da idéia de Estado Democrático de Direito.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> Prefácio da obra de ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – parte geral. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 8.

<sup>141</sup> Idem, p. 9.

A reviravolta tem sido tamanha que aqueles que outrora repudiavam o Direito Penal como braço armado das classes poderosas contra as “subalternas” agora clamam precisamente por mais Direito Penal contra as classes poderosas. Produz-se, segundo se tem afirmado, um fenômeno de fascinação essa da qual carecem todos seus equivalentes funcionais. Assim, “já não está em primeiro plano a negativa às estruturas de poder, senão a intervenção nelas mesmas. O rechaço dos meios de poder cede diante da vontade de servir-se deles em seu próprio interesse”.<sup>142</sup>

A aspiração naíve (ingênua) de eficácia na obtenção das ansiadas segurança e satisfação por parte de uma coletividade que se autocompreende, antes de mais nada, como vítima, conduz a uma verdadeira ojeriza em relação a alguns dos elementos característicos do Direito Penal clássico: o trato com valores (a começar com a “verdade” e a “justiça”) e a articulação de tal trato por meio de procedimentos formais. Uns e outros se interpretam como obstáculos, como problemas em si mesmos, que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança. Assim, desde a presunção de inocência e o princípio de culpabilidade, assim como as regras do devido processo e a jurisdicionalidade, passando pela totalidade dos conceitos da teoria do delito, os princípios do Direito Penal em conjunto são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas.<sup>143</sup>

## 2.1 A GLOBALIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PENAL

Guarda plena pertinência a indagação sobre a influência, ou não, do processo globalizador no sistema de controle penal. A questão comporta, sem dúvida, respostas diversas em face de uma dupla perspectiva. De um lado, não se pode deixar de reconhecer a existência de um crime transnacional resultante da adoção do modelo de globalização e para o qual a resposta penal, em nível de Estado-estatal, ligada ao próprio processo globalizador, de frear as reações dos excluídos cujo número aumenta numa progressão geométrica e cujas ações podem perturbar o equilíbrio do próprio mercado. Cada uma dessas perspectivas deve ser analisada em particular.<sup>144</sup>

Com efeito, do ponto de vista estrutural, são duas as características mais significativas da criminalidade da globalização. Por

---

<sup>142</sup> Idem, p. 83.

<sup>143</sup> Idem, p. 90.

<sup>144</sup> FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p. 488.

um lado, trata-se de uma criminalidade, em sentido amplo, organizada. Vale dizer, nela intervêm coletivos de pessoas estruturadas hierarquicamente, seja nas empresas, seja na forma estrita da organização criminal. A dissociação que isso produz entre execução material direta e responsabilidade determina, ainda, que o resultado lesivo possa aparecer significativamente separado, tanto no espaço como no tempo, da ação dos sujeitos mais relevantes no plano delitivo. Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais. Sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes, são traços da mesma forma notáveis.<sup>145</sup>

Por outro lado, na perspectiva do controle penal interno, a erosão do Estado-nação não produziu, paradoxalmente, efeito algum, em relação ao Direito Penal. Enquanto, nos demais ramos do Direito, navega-se com desenvoltura no mar da desregulamentação, da deslegalização e da desconstitucionalização, adota-se, no Direito Penal, rumo inverso. Criminalizam-se novas condutas; exacerbam-se as sanções de tipos já formulados; relativizam-se princípios constitucionais relevantes com o emprego deliberado de conceitos indeterminados, ambíguos ou porosos; exclui-se ostensivamente o princípio da culpabilidade; amplia-se a área de interferência da Polícia no campo judicial; alargam-se desmesuradamente as medidas de cautela; reduzem-se as garantias processuais e, em especial, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao acusado a carga probatória de sua inocência.<sup>146</sup>

Qual a razão de tornar-se o Direito Penal mais abrangente e severo e o Direito Processual Penal mais lasso e menos garantístico? Porque um Estado tão fragilizado no seu operar, um Estado de palha deva ser um Estado que branda a arma da repressão Penal? A explicação é uma só: busca-se ao mesmo tempo, a eficácia preventiva do poder punitivo e a preservação do processo de globalização. As normas penais mais extensas e as penas mais exasperantes têm, por um lado, o objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos descartáveis do processo globalizador, aos excluídos, aos ninguéns e, por outro, o significado simbólico de punir expansivamente a falta de lealdade ao sistema de mercado e, desse modo, buscar sua preservação, antepondo-o aos valores, direitos e garantias do indivíduo. O sensível aumento da

---

<sup>145</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *op. cit.*, p. 104.

<sup>146</sup> FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p. 489-490.

taxa de exclusão social, produzido pela globalização, recomenda, portanto, o emprego indiscriminado do Direito Penal, “como um dos meios preferidos do Estado-espetáculo”. Qualquer irresponsável clama vingança nos meios massivos, abertos aos discursos mais disparatados. E os políticos-espetáculo produzem leis penais, que é mais barato e lhes da publicidade por um dia. Cobram em poucos minutos da televisão a entrega de vidas, liberdade, honra e patrimônio de seus concidadãos, muitos dos quais – diga-se de passagem – aplaudem a entrega de seus próprios direitos em troca de uma ilusão de papel mal impresso.<sup>147</sup>

Silva Sánchez sem a pretensão de esgotar o tema, menciona as seguintes questões como características da dogmática da globalização, na qual as questões probatórias adquirem por outro lado uma transcendência excepcional. A imputação objetiva tende a perder – já nos Direitos nacionais – sua vinculação com relações de necessidade conforme as leis físico-naturais. Em seu lugar, se propõe a suficiência de relações de probabilidade ou, inclusive, diretamente de puras relações (normativas) de coerência. Essa tendência, que em si é provavelmente correta, pode, todavia, adquirir um importante senão antigarantista à medida que ganhe espaço a proposta de alguns autores de proceder a uma inversão do ônus da prova nesse ponto (por exemplo, entre outras, em matéria de meio ambiente).<sup>148</sup>

A responsabilidade em comissão por omissão, submetida em nosso âmbito a precisas exigências com vocação de aplicação restritiva (sobre a idéia básica da identidade estrutural no plano normativo com a comissão ativa), está se transformando ao aplicar-se ao âmbito dos delitos de empresa ou de estruturas organizadas (como infração do dever de vigilância). Existe a possibilidade certa de que – no marco de um Direito Penal global – se acabe assimilando as figuras, muito mais flexíveis, da vicarious liability anglo-saxã ou a responsabilité du fait d'autrui francesa. Algo parecido pode suceder na imputação subjetiva, em que a trabalhosa distinção entre dolo eventual e culpa consciente pode dissolver-se na ampla figura da recklessness.<sup>149</sup>

No âmbito das formas de intervenção no delito, tende a prevalecer fórmulas de não distinção entre autoria e participação, algo que já se verifica no plano da pura tipificação se se examinam os tipos

---

<sup>147</sup> FRANCO, Alberto Silva. *op. cit.*, p. 491.

<sup>148</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *op. cit.*, p. 117.

<sup>149</sup> Idem, p. 118.



delitivos em matéria de tráfico de estupefacientes ou de branqueamento de capitais (“lavagem de dinheiro”).<sup>150</sup>

Por outro lado, a tendência a contemplar as eximentes em termos processuais como defences (à maneira anglo-saxã) conduz a que as causas de exclusão da antijuricidade e da culpabilidade se concebam como elementos que não somente devem ser razoavelmente alegados, senão inclusive provados pelo imputado. Isso, a partir da idéia de que a acusação somente deve provar a tipicidade, e não a antijuricidade ou a culpabilidade, pois as eximentes (causas de exclusão da antijuricidade ou da culpabilidade) devem ser provadas por quem as alega em sua defesa.<sup>151</sup>

## 2.2 ADOÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO DIREITO PENAL DA GLOBALIZAÇÃO

A aparição do risco como fenômeno recorrente no cotidiano, e como elemento necessário à manutenção do sistema produtivo, caracteriza o modelo de organização social atual como uma sociedade de riscos. Os discursos produzidos neste modelo de sociedade passam a incorporar o risco como elemento central. O risco é, ao mesmo tempo, elemento essencial para a sobrevivência do sistema de produção atual e figura assustadora que se quer reduzir ou limitar, a fim de preservar a segurança necessária para a manutenção de expectativas de preservação de bens jurídicos.<sup>152</sup>

Surgem, então, as técnicas de mensuração e de gerenciamento de riscos. A incorporação do discurso do desenvolvimento sustentável acaba por pautar as atividades do Estado, no sentido de buscar a manutenção de um grau mínimo de riscos que preserve o modelo de produção e, ao mesmo tempo, responda aos anseios da comunidade pela restrição de excessos. O despertar para a necessidade de controle do uso de tecnologias arriscadas leva o poder público a desenvolver medidas de análise e gestão de algumas atividades, com o escopo de proteger o meio ambiente, a saúde pública e outros bens fundamentais.<sup>153</sup>

A utilização de organismos geneticamente modificados, de instrumentos tecnológicos inovadores, a distribuição de insumos e medicamentos em larga escala, sem conclusões claras sobre seus efeitos,

---

<sup>150</sup> Idem, p. 121.

<sup>151</sup> Idem, p. 121.

<sup>152</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

<sup>153</sup> Idem, p. 22.

as experiências e técnicas de clonagem ilustram conjuntos de atividades sobre as quais não existem certezas científicas, nem conclusões definitivas em relação aos riscos envolvidos. Nestas hipóteses, as medidas de restrição impostas pelo gerente de riscos não são fundamentadas em preceitos concretos ou constatações estatísticas de periculosidade, mas partem da assertiva de que, na dúvida, é mais prudente a limitação. A atividade de minimização de riscos nestes âmbitos é balizada pelo princípio da precaução.<sup>154</sup>

A multiplicação de técnicas com as características mencionadas leva à ampliação dos âmbitos de aplicação do princípio da precaução e ao reconhecimento político de sua importância. A restrição de atividades por meio de dito princípio vem acompanhada de elementos de efetivação, isto é, da previsão de mecanismos para garantir seu cumprimento. Para isso, o gestor de riscos lança mão de diversos instrumentos, desde o incentivo à autolimitação de práticas arriscadas, por meio de sanções premiais ou o fortalecimento dos institutos de responsabilização civil objetiva pelo descumprimento das medidas, até a intensificação das sanções administrativas e penais.<sup>155</sup>

A “sociedade do risco” ou “da insegurança” conduz, pois, inexoravelmente, ao “Estado vigilante” ou “Estado da prevenção”. E os processos de privatização e de liberação da economia, em que nos encontramos imersos, acentuam essa tendência. Nesse contexto policial-preventivo, a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial. Com efeito, as intervenções de inspeção (supervisoras, de controle) podem ser puramente “rotineiras”: de fato, para iniciar uma inspeção não se exige a justificativa da existência de indícios concretos de perigo para a ordem administrativo-policial. O procedimento de inspeção – intensificando ainda mais o princípio fundamental que se expressa no procedimento sancionador de infrações administrativas formais – aparece então claramente norteado por um critério “gerencial” em relação aos riscos.<sup>156</sup>

Necessário se faz destacar o papel assumido pelo risco na sociedade contemporânea. O risco deixa de ser um dado periférico da organização social para transmutar-se em conceito nuclear, relacionado à própria atividade humana. Se antes se referia a perigos externos e não podia ser gerido por regulamentos ou normas direcionadas ao comportamento humano, porque este não era agente ativo em sua

---

<sup>154</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 23.

<sup>155</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>156</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *op. cit.*, p. 165.

produção, no modelo social atual, é criado pela própria organização coletiva, ou seja, tem procedência humana. Não é mais somente a natureza que, com seus sobressaltos, coloca em crise bens fundamentais, mas também a atividade humana que, com o aprimoramento de técnicas industriais, ameaça os interesses mais caros à vida social. O que era externo passa a ser também interno, passa a integrar o núcleo de desenvolvimento da sociedade. O risco, assim, torna-se um referencial político. Se a periculosidade decorre do comportamento humano, significa que pode ser controlada por medidas de restrição, por mecanismos de gestão de risco. Mais do que um objeto de análise, o risco e os mecanismos para controlá-lo passam a refletir as opções da sociedade em relação ao grau de tolerância destas atividades.<sup>157</sup>

A procedência humana do risco abre caminho, portanto, para a coerção de comportamentos que apresentem periculosidades maiores do que as permitidas, fora dos parâmetros indicados pelo gestor público. Quanto maior o risco, mais restritivas as medidas e mais severas as sanções pelo descumprimento dos limites impostos. Nesse contexto, fica aberto o espaço para a incidência do Direito Penal sobre as condutas arriscadas, produzidas pelo comportamento humano que, cada vez mais, ameaçam bens e interesses fundamentais para a vida em comum.<sup>158</sup>

A solidificação das demandas pela contenção de riscos repercute no discurso político e na criação de estratégias de gestão de risco. O processo de construção legislativa e a atividade fiscalizatória da administração pública reagem aos pleitos de endurecimento do controle de comportamentos perigosos. No entanto, estes agentes responsáveis pela gestão de riscos também são sensíveis aos interesses dos setores econômicos que dependem do risco para a manutenção de seus sistemas de produção e enriquecimento, e argumentam que a supressão das atividades perigosas implicará a desestruturação do modelo de produção atual. O conflito entre os discursos apresentados resulta no paradoxo do risco.<sup>159</sup>

O direito penal, como instrumento de controle social, é afetado por este estado de coisas: afinal, seus operadores e aplicadores agem como gestores de riscos em um sem-número de situações. A determinação do cuidado devido nos crimes culposos, a fixação do risco permitido, o desenvolvimento de critérios de imputação com base na criação de risco, a caracterização do garantidor nos crimes comissivos

---

<sup>157</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 36.

<sup>158</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>159</sup> *Idem*, p. 46.

por omissão são institutos dogmáticos que lidam com a definição de risco e ficam sujeitos, como nos outros âmbitos de gestão de risco, às ambigüidades e à insegurança que decorrem da própria organização social.<sup>160</sup>

As novas características dos riscos contemporâneos facilitam a propagação do discurso pela extensão do Direito Penal. Em primeiro lugar, o risco é um fenômeno de procedência humana. Este antropocentrismo do risco sugere que ele pode ser limitado pela inibição de comportamentos humanos, sugestionados por normas de conduta e destinatários das disposições jurídicas. Assim, a contenção de atividades arriscadas pode ser levada a cabo pelo Direito, que se destaca, como importante instrumento de gerenciamento do desenvolvimento de atividades perigosas.<sup>161</sup>

Nesse contexto, o Direito Penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido. A norma penal visa reprimir comportamentos potencialmente danosos. O desvalor do resultado é substituído pela probabilidade da afetação de bens e interesses. Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco. Esta formatação possibilitou o desenvolvimento das estruturas que abrigam, hoje, o Direito Penal dos riscos, voltado para a inibição de ações arriscadas, independente de suas conseqüências concretas.<sup>162</sup>

A amplitude das lesões possíveis, a reflexividade dos riscos, enfim, todas as características já mencionadas são potencializadas pela intensidade de troca de informações, experiências e sensações veiculadas pela mídia. A repercussão dos perigos das atividades produtivas pelos meios de comunicação de massa amplia a sensação de insegurança por parte da população que, por sua vez, intensifica a demanda pela intervenção penal.<sup>163</sup>

O clamor por uma atuação mais extensa do Direito Penal, especificamente, decorre da aparente incapacidade de atuação de outros meios de controle social.

Esta ausência de expectativas relacionadas ao comportamento dos integrantes do corpo social amplia a demanda por instrumentos formais de controle das atividades dos indivíduos. O não reconhecimento de um

---

<sup>160</sup> Idem, p. 52.

<sup>161</sup> Idem, p. 86.

<sup>162</sup> Idem, p. 86.

<sup>163</sup> Idem, p. 88.

patamar ético mínimo, que garanta a estabilidade das relações, faz com que o Direito receba novas atribuições. A interferência do Direito na pesquisa científica, nas relações de consumo, no sistema de trânsito reflete esta ampliação dos espaços de ingerência do gestor público de riscos, justamente pela desconfiança social decorrente do desmoronamento das expectativas de comportamento.<sup>164</sup>

A aparente ineficácia dos meios usuais de contenção dos riscos reflete nas propostas de expansão do Direito Penal. O clamor pela majoração de seus espaços de incidência faz-se presente em todos os setores sociais. Organizações civis, que não representam este ou aquele setor ou classe econômica, mas toda a sociedade, reivindicam o controle penal dos riscos, consolidando uma aliança entre diversas camadas sociais que se compreendem igualmente submetidas aos efeitos das atividades perigosas. A demanda popular pelo Direito Penal apresenta, nos tempos atuais, uma rara unanimidade e congrega setores conservadores e progressistas em torno do apoio à repressão penal dos riscos. A sociedade de riscos demanda um Estado de segurança que amplie os âmbitos de contenção de atividades para responder a uma situação de emergência estrutural, derivada da própria organização produtiva. Este clamor social sensibiliza o discurso político e leva à juridicização da opinião pública, ou seja, o público deixa de ser um simples destinatário da norma jurídica, para se tornar, ao mesmo tempo, um elemento indutor da expansão deste sistema, interferindo na produção legislativa e orientando a construção de um novo Direito Penal.<sup>165</sup>

No entanto, esta elaboração de um Direito Penal de novos contornos se depara com o paradoxo do risco. A demanda social pela expansão do Direito Penal não postula a ruptura do modelo produtivo, não requer mudanças drásticas nas estruturas econômicas, mas, ao mesmo tempo, em uma aparente incoerência, requer a supressão de um elemento basilar para a manutenção deste sistema – o risco. A incongruência subjacente deste discurso da sociedade civil terá efeitos sobre a norma penal, que não poderá determinar a supressão da raiz da produção destes riscos, mas deverá estabelecer patamares de redução dos mesmos, por instrumentos de contenção. Daí a dificuldade em estabelecer critérios, parâmetros e definições dogmáticas precisas quando se está diante do Direito Penal do risco. A falta de clareza na redação dos tipos penais, o largo emprego de normas abertas ou em

---

<sup>164</sup> Idem, p. 89.

<sup>165</sup> Idem, p. 89-90.

branco, a fluidez dos bens jurídicos protegidos decorrem, em última instância, do paradoxo do risco, pois, ao mesmo tempo em que desejamos sua supressão, dependemos dele para a manutenção da estrutura econômica e social atual.<sup>166</sup>

Fica evidente a dificuldade do Direito Penal em cumprir sua missão de mecanismo de gestão de riscos. A ele é imposto o objetivo de contenção de atividades perigosas, mas, ao mesmo tempo, não pode levar a cabo sua tarefa por completo sob pena de perecimento das estruturas econômicas fundantes do sistema social contemporâneo. Os riscos não podem ser extirpados pelo Direito Penal que cumpre, em muitas situações, o papel simbólico de apaziguar, por certo período, os anseios populares por mais segurança.<sup>167</sup>

Outro instrumento empregado largamente pelo legislador penal para o enfrentamento dos riscos inéditos são os tipos penais de perigo abstrato. A criminalização de condutas por meio desta técnica visa a antecipação da incidência da norma, para afetar condutas antes da verificação de qualquer resultado lesivo. Sua relação com os riscos da atualidade é evidente: afinal, o deslocamento do injusto do resultado para a conduta reflete uma preocupação do gestor de risco (no caso, o legislador penal) com a prevenção e com a necessidade de evitar o perigo, como forma de garantir, de forma mais eficaz, a proteção aos bens eleitos como indispensáveis a vida em comum.<sup>168</sup>

### 2.2.1 Conceito

O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto.<sup>169</sup>

Os crimes de perigo abstrato, por outro lado, prescindem da referência a fenômenos externos à atividade descrita como ilícita. Sob o aspecto formal, a mera prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal.<sup>170</sup>

---

<sup>166</sup> Idem, p. 91.

<sup>167</sup> Idem, p. 91.

<sup>168</sup> Idem, p. 94.

<sup>169</sup> Idem, p. 111.

<sup>170</sup> Idem, p. 112.

Assim, enquanto para o perigo concreto a descrição do tipo deve aludir a um perigo ocorrido (real) de lesão, devendo ser comprovado. Para o perigo abstrato ou presumido a conduta será considerada perigosa, independentemente de qualquer risco efetivo, isto é, a lei o presume *jure et de jure*.<sup>171</sup>

A expansão do Direito Penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de riscos. Pode-se afirmar que os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do Direito Penal de risco. A configuração da sociedade contemporânea, o surgimento de novos riscos e suas características respondem por este fenômeno, por diversos motivos.<sup>172</sup>

Nestes contextos, o que importa é evitar ou controlar as condutas e não reprimir os resultados. Não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis. Nestas circunstâncias, a norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do Direito. Para isso, o tipo penal deve estar dirigido à conduta e não ao resultado. A atividade, em si, passa a ser o núcleo do injusto. A insegurança que acompanha estas condutas e a extensão da ameaça levam o legislador a optar pela norma de prevenção, por meio de descrições típicas que não reconheçam o resultado como elemento integrante do injusto, ou seja, pelos tipos penais de perigo abstrato.<sup>173</sup>

Outro fator responsável pela recurso aos crimes de perigo abstrato é a dificuldade de elucidação ou de previsão de nexos causais derivados da aplicação das novas tecnologias. Os tipos de lesão ou de perigo concreto exigem, para sua caracterização, a demonstração de relações de causalidade que permitam a imputação de um resultado a um comportamento prévio. No entanto, a imprevisibilidade no manejo das atividades inovadoras e os efeitos desconhecidos de novos produtos afetam a análise dos cursos causais possíveis e, conseqüentemente, tornam ineficazes os tipos de resultado, incitando o Direito Penal, quando interessado em interceder nestes âmbitos, à criação de tipos com configuração cada vez mais abstrata e formalista.<sup>174</sup>

A dificuldade de estabelecer nexos causais acarreta, também, problemas graves no campo da responsabilidade penal, que estimulam o

---

<sup>171</sup> QUEIROZ, Paulo. *op. cit.*, p. 166.

<sup>172</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 118.

<sup>173</sup> *Idem*, p. 119.

<sup>174</sup> *Idem*, p. 119.

emprego da técnica legislativa do perigo abstrato. A transformação das relações interpessoais em relações de massa, em larga escala, desconecta os atores sociais do referente pessoal, que permitia a responsabilização pelos danos causados.<sup>175</sup>

O núcleo do injusto penal é transferido para a ação, que deixa de ser o substrato mínimo e inicial do delito e passa a conter toda a antijuricidade necessária e suficiente para a incidência do Direito Penal, valorada pelo risco potencial que causa, ou seja, por um suposto de causalidade genérica.<sup>176</sup>

Outro fenômeno do Direito Penal do risco que contribui para a aparição significativa dos delitos de perigo abstrato é proteção, cada vez mais acentuada, de bens jurídicos coletivos. A concessão de status penal aos interesses difusos torna cada vez mais inadequada a compreensão do delito pela ótica autor-vítima, dada a dificuldade de limitar e caracterizar os sujeitos passivos da ação criminosa. A abstração dos últimos reduz o espaço dos delitos de resultado que exigem, em geral, um titular do bem ou do objeto atacado pelo comportamento ilícito, e dá lugar ao injusto de perigo abstrato.<sup>177</sup>

Surtem regulamentos direcionados ao controle e à segurança destes contextos de riscos, não com o objetivo de proibir a utilização dos insumos tecnológicos disponíveis, mas para organizar seu emprego de maneira racional, evitando possíveis instabilidades decorrentes da ausência de regras específicas que solidifiquem expectativas de interação. A materialização deste objetivo se faz, muitas vezes, por meio do Direito Penal, que buscará incidir como medida de reforço e de inibição do descumprimento das medidas de organização destes ambientes de interação massificada. A pena, nestes âmbitos, não surge como ameaça a comportamentos que atacam diretamente bens jurídicos, mas como mecanismo de controle da vigência das regras de organização. À norma importará menos o dano específico resultante da conduta do que a quebra de expectativas de interação. Daí a atração pelo tipo penal de perigo abstrato, nestas hipóteses. A prescindibilidade do dano ou do perigo concreto adapta-se ao escopo do gestor de riscos em utilizar a ameaça de repressão criminal para garantir a ordem institucional destes ambientes de contatos e riscos generalizados.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> Idem, p. 120.

<sup>176</sup> Idem, p. 121.

<sup>177</sup> Idem, p. 121.

<sup>178</sup> Idem, p. 123.



Outra razão para o emprego dos tipos penais de perigo abstrato são os atos perigosos por acumulação. Trata-se de ações que, isoladamente, não representam uma ameaça, em potencial para bens jurídicos tutelados, mas sua reiteração ou multiplicação acaba por consolidar um ambiente de riscos efetivos para estes interesses protegidos. O núcleo do injusto não é potencialidade lesiva da conduta individual, mas o risco que a repetição destas condutas ocasiona ao bem protegido.<sup>179</sup>

O tratamento penal destas práticas, portanto, não pode ser realizado por meio dos crimes de resultado. Não será possível atrelar, por critérios causais, o dano potencial a um ato isolado, porque este fenômeno decorre de um somatório de ações similares, que podem ser praticadas por agentes diversos. Logo, a única forma de atrelar uma consequência penal aos comportamentos perigosos por acumulação.<sup>180</sup>

O perigo abstrato representa o sintoma mais nítido da expansão do Direito Penal, na ânsia por fazer frente aos temores que acompanham o desenvolvimento científico e econômico da atualidade.<sup>181</sup>

Consoante Luis Greco, entre nós tem aumentado o coro daqueles que declaram os crimes de perigo abstrato *in totum* inconstitucionais, por violação de um suposto princípio da lesividade ou ofensividade<sup>182</sup>. Esta colocação do problema, com base em um princípio da lesividade, tem a desvantagem de confundir a questão do bem jurídico com a da estrutura do delito; e a tese avançada é, além de imprecisa, indesejável, porque há vários crimes de perigo abstrato de cuja legitimidade ninguém, nem o mais radical defensor da tese, quer duvidar. Um exemplo é o crime de envenenamento de água potável (art. 270, CP) cuja legitimidade nem o mais radical crítico do perigo abstrato questiona: uma vez que se recusem os bens jurídicos coletivos “incolumidade pública” ou “saúde pública”, comumente propostos para legitimar a incriminação, como falsos, o crime passará a ser entendido

---

<sup>179</sup> Idem, p. 124.

<sup>180</sup> Idem, p. 125.

<sup>181</sup> Idem, p. 126.

<sup>182</sup> Se a primeira exigência (emanada da teoria constitucionalista do delito) orienta que o resultado jurídico deve ser concreto, resulta claro que o direito penal da ofensividade é incompatível com o perigo abstrato (ou presumido). Não há espaço no direito penal fundado na pena privativa de liberdade para o perigo abstrato. A jurisprudência brasileira, entretanto, nem sempre segue esse paradigma liberal e democrático, que resulta flagrantemente violado quando o juiz reconhece o perigo abstrato como base para a imposição de uma pena. GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

como de perigo abstrato para a integridade física ou a vida de indivíduos. A vantagem de se recusar o bem jurídico coletivo e de se trabalhar com o crime de perigo abstrato está em que este conceito, por expor com clareza que se está antecipando a tutela penal (coisa que a postulação de um suposto bem jurídico esconde), permite que se critique o alcance de proibições abusivas e de sanções exasperadas, só explicáveis com base num bem coletivo.<sup>183</sup>

Por esta razão, parte da doutrina mais recente abandonou a crítica global ao crime de perigo abstrato e começa a empenhar-se na formulação de critérios diferenciadores entre o crime de perigo abstrato legítimo e o crime de perigo abstrato ilegítimo. Está cada vez mais difundida a consciência de que soluções globais, no sentido de tudo ou nada, não são sofisticadas o suficiente para resolver problema de tamanha complexidade.<sup>184</sup>

O Estado Democrático de Direito elege como valor fundante a dignidade humana. O reconhecimento da dignidade como coluna vertebral do sistema de relacionamentos humanos é o substrato material, é o núcleo de identidade normativa do modelo de Estado ora em discussão. A consolidação de uma sociedade plural e democrática, que incorpore e aceite valores e culturas diversos, exige o reconhecimento da autodeterminação do homem, que caracteriza a dignidade. O livre desenvolvimento do ser humano em um ambiente comunicativo e a possibilidade de optar pela construção de vida que melhor lhe convier são as diretrizes para a construção de todos os princípios norteadores do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, do Direito Penal.<sup>185</sup>

No entanto, a utilização do Direito Penal sugere a supressão, ainda que temporária, da dignidade humana, porque afeta a liberdade de vida do indivíduo. Por isso, a reação violenta do Estado, caracterizada pela pena, só pode ser dirigida aos atos que ameacem a integridade das estruturas sobre as quais as relações sociais e as relações de produção se sedimentam e, no Estado Democrático de Direito, esta estrutura é a dignidade humana, é a liberdade de autodeterminação, que somente pode ser exercida em sua plenitude quando o cidadão tem à sua disposição os bens necessários para seu desenvolvimento e para sua interação comunicativa com os demais membros da sociedade. Estes instrumentos utilizados pelo homem para construir seu mundo de vida,

---

<sup>183</sup> GRECO, Luis. *op. cit.*, p. 415.

<sup>184</sup> Idem, p. 416.

<sup>185</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 173-174.

sem os quais inexistiria a liberdade de atuar, são os únicos interesses passíveis de proteção por um Direito Penal Democrático de Direito.<sup>186</sup>

A dignidade humana será o princípio basilar sobre o qual se constrói, funcionalmente, o sistema penal, e este sistema será perpassado por uma constante tensão entre dois vetores. O primeiro exige a limitação do uso da pena para um âmbito restrito de atividades, quais sejam, aquelas que afetam os bens jurídicos indispensáveis à autodeterminação do indivíduo. O segundo estabelece que o recurso à sanção criminal deve respeitar a dignidade do ser humano, se o não quer o Direito Penal, ele mesmo, torna-se um elemento assistemático e disfuncional. Isso significa o respeito a princípios que impedem sua utilização desproporcional, desigual, ou imprevisível. O conflito entre proteção da dignidade, por meio da tutela de bens jurídicos pelo Direito Penal, e a preservação desta mesma dignidade, pela da limitação do *ius puniendi*, é a essência do sistema penal de uma sociedade Democrática de Direito.<sup>187</sup>

## 2.3 BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DIREITO PENAL

Bem, em um sentido muito amplo, é tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso. Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de “valor”, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, “valem”. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões. Bem jurídico é, pois, toda a situação social desejada que o Direito quer garantir contra lesões.<sup>188</sup>

Em vez de “situação social desejada, poderíamos dizer “situação social valiosa”, ou melhor, valores ético-sociais, com o que teríamos a seguinte definição: *bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.*<sup>189</sup>

Portanto, o Direito Penal funcional de um Estado Democrático de Direito tem por missão, em primeiro lugar, proteger a dignidade humana, consubstanciada na tutela de bens e interesses essenciais para

---

<sup>186</sup> Idem, p. 174.

<sup>187</sup> Idem, p. 174-175.

<sup>188</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15-16.

<sup>189</sup> Idem, p. 16.

sua materialização. Sua legitimidade e seus limites decorrem da atividade de garantir a existência segura de bens jurídicos. Logo, o conceito de bem jurídico está atrelado ao conceito de dignidade humana, ou seja, bem jurídico será todo elemento indispensável ao livre desenvolvimento do indivíduo dentro de um sistema social orientado para a autodeterminação, para a garantia da pluralidade e da liberdade democrática.<sup>190</sup>

O conceito de bem jurídico, assim sistematizado, resultou de lenta elaboração doutrinária, empenhada na busca de um conteúdo material para o injusto típico, do qual se pudesse deduzir orientação segura para a aplicação da lei penal. Primeiramente, procurou-se esse conteúdo material na lesão ou exposição a perigo de *direitos subjetivos* (época das luzes, especialmente Feuerbach), depois na lesão ou exposição a perigo de *interesses vitais* (fins do século XIX); por fim, chegou-se à conclusão de que o conteúdo material do injusto só poderia ser a lesão ou exposição a perigo de um *bem jurídico*.<sup>191</sup>

Frise-se, porém, que nem todo bem é um bem jurídico. Além disso, nem todo bem jurídico como tal se coloca sob a tutela específica do Direito Penal.<sup>192</sup>

Essa é uma conclusão que decorre do caráter limitado do Direito Penal. Do ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de Direito Penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais. Não se deve, entretanto – e esta é uma nova consequência do já referido caráter limitado do Direito Penal – supor que essa especial proteção penal deva ser abrangente de todos os tipos de lesão possíveis. Mesmo em relação aos bens jurídico-penalmente protegidos, restringe o Direito Penal sua tutela a certas espécies e formas de lesão, real ou potencial. Viver é um risco permanente, seja na selva, entre insetos e animais agressivos, seja na cidade, por entre veículos, máquinas e toda a sorte de inventos da técnica, que nos ameaçam de todos os lados. Não é missão do Direito Penal afastar, de modo completo, todos esses riscos – o que seria de resto impossível – paralisando ou impedindo o desenvolvimento da vida moderna, tal como o homem, bem ou mal, a concebeu e construiu. Protegem-se, em suma, penalmente, certos bens jurídicos e, ainda assim,

---

<sup>190</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 176.

<sup>191</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *op. cit.*, p. 16-17.

<sup>192</sup> *Idem*, p. 17.

contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão.<sup>193</sup>

O princípio da proteção de bens jurídicos pode receber duas interpretações, a depender de se o conceito de bem jurídico é entendido como um conceito dogmático ou como um conceito político-criminal. A tradição dogmática, que remonta a Binding, considera o bem jurídico uma criação legislativa, nada mais do que aquilo que a norma protege, algo implícito já, logicamente, em qualquer norma vigente. Se tivéssemos uma norma que punisse o homossexualismo, teríamos um correspondente bem jurídico, algo como “interesse social na normalidade da vida sexual”. A importância deste conceito residiria principalmente em servir de parâmetro de interpretação teleológica. Já o conceito político-criminal de bem jurídico confere ao princípio uma dimensão transcendente ao direito positivo, tornando-se este objeto de crítica com base no parâmetro de que, em princípio, apenas são legítimos aqueles tipos que protegem um bem jurídico, algo que nem todo tipo, só por fazer parte do direito legislado, necessariamente faz.<sup>194</sup>

O princípio da proteção de bens jurídicos só ganha valor autônomo, porém, se for entendido em sentido político-criminal. Doutro modo, não seria necessário falar em bem jurídico, mas apenas na *ratio legis*. É a versão político-criminal do princípio que desperta o superior interesse da doutrina, recentemente também surgido entre nós. Esta necessidade não implica, porém, que um tal conceito político-criminal capaz de orientar o legislador seja possível. Afinal, definir este conceito com exatidão passa por uma série de dificuldades.<sup>195</sup>

A primeira dificuldade diante da qual se encontra o defensor de uma concepção político-criminal de bem jurídico é, portanto, aquilo que podemos chamar de problema do fundamento: onde fundamentar o conceito político-criminal de bem jurídico? A resposta mais promissora parece ser a referência à Constituição, apesar de existirem respostas alternativas.<sup>196</sup>

Esta resposta gera, entretanto, uma série de novos problemas, entre os quais o de delimitar quais dentre os valores constitucionalmente protegidos podem ser bens jurídico-penais – problema especialmente delicado no caso de uma constituição como a brasileira, que acolhe até o

---

<sup>193</sup> Idem, p.17.

<sup>194</sup> GRECO, Luis. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. SCHMIDT, Andrei Zenkner (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 403-404.

<sup>195</sup> Idem, p. 404.

<sup>196</sup> Idem, p. 405.

fato de o Colégio Pedro II se encontrar na órbita federal (art. 242 § 2º); e o de explicitar o que significa a referência à Constituição: se o bem jurídico tem de estar expressamente acolhido na lei maior, ou se basta a não-incompatibilidade. O primeiro problema, que podemos chamar de problema de demarcação, pode ser resolvido afirmando que o bem penalmente protegido tem de ser de relevância fundamental – noção pouco precisa, é verdade, mas nem por isso menos útil como linha de orientação. Ficará, assim, excluída uma incriminação cujo objetivo seja proteger o bem “Colégio Pedro II”. E o segundo problema, o problema da relação específica com a Constituição, recebe melhor tratamento da parte daqueles que exigem compatibilidade com os princípios, e não com o texto expresso, da Constituição, apesar de este problema ser de pouca importância prática em face de uma Constituição como a nossa, que acolhe quase tudo de modo expresso.<sup>197</sup>

Ao falarmos em “bem”, coloca-se automaticamente a questão do sujeito que o bem beneficia. Esta questão – que poderíamos batizar de o problema do portador – recebe duas respostas fundamentais na atualidade. Para os defensores da teoria monista-pessoal do bem jurídico, todos os bens jurídicos, individuais ou coletivos, servem, em última análise, ao indivíduo; tem de ser a ele referíveis. Apenas interesses individuais seriam, portanto, possíveis de proteção penal; interesses coletivos nada mais seriam do que interesses individuais indiretos, e tão logo se tornassem mais do que isso, seriam ilegítimos. De opinião diversa são os defensores da chamada teoria dualista do bem jurídico, para a qual bem jurídico individual e coletivo são entidades autônomas, nem sempre sendo possível referir o interesse coletivo ao individual ou vice-versa.<sup>198</sup>

E com isso já se mencionou o último problema: o problema da distinção entre bens jurídicos reais e bens jurídicos meramente aparentes. Especialmente no âmbito de bens jurídicos coletivos é demasiado fácil falar em entidades de duvidosa natureza, como a “incolumidade pública”, a “segurança no trânsito”, a “saúde pública”, as “relações de consumo”, e o perigo deste procedimento é legitimarem-se automaticamente incriminações injustificadas e sanções desproporcionais. Apesar de a doutrina dominante, não só brasileira, como também estrangeira, continuar a falar sem maiores preocupações em tais bens jurídicos coletivos, um grupo minoritário de autores vem se esforçando no sentido de questionar a existência de alguns dos bens

---

<sup>197</sup> Idem, p. 406.

<sup>198</sup> Idem, p. 406-407.

jurídicos acima mencionados, com base principalmente em dois critérios: ou declarando que os referidos bens não passam da soma de vários bens jurídicos individuais, e que essa soma não faz deles um bem coletivo, ou afirmando que alguns deles, como a segurança, não são mais do que o lado inverso do próprio respeito à norma, que estão automaticamente violados quando a norma for desrespeitada, no que diferem dos bens jurídicos verdadeiros, que são realidades diversas do respeito à norma de comportamento, e que podem ou não vir a ser afetadas pela violação desta. O fato é que, por mais relevante que seja o empenho no sentido, de desconstruir falsos bens jurídicos, ainda não se conseguiu formular um critério convincente e universal. A crítica a certos bens jurídicos coletivos falsos parece correta, mas fundada apenas na intuição. É preciso algo mais. A formulação de tais critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos parece uma das mais urgentes tarefas da moderna ciência do Direito Penal.<sup>199</sup>

Por último, é oportuno acentuar que, se o crime deve ser ofensa real ou potencial a um bem jurídico, tal ofensa não basta para a caracterização do ilícito penal. O crime tem uma estrutura jurídica complexa, devendo somar-se à ofensa ao bem jurídico outras circunstâncias não menos importantes para o seu aperfeiçoamento. Pode-se, pois, que o bem jurídico orienta a elaboração do tipo, esclarece o seu conteúdo, mas não o esgota. Os elementos subjetivos do tipo são igualmente importantes. O mesmo se diga da antijuridicidade e da culpabilidade, sem as quais não há que se falar em crime. É um equívoco, porém, a nosso ver confundir-se dano, evento danoso, com ofensa ao bem jurídico. Isso seria incorporar na confusão inicialmente apontada entre objeto material do crime e bem jurídico tutelado. Na tentativa idônea de homicídio pode não haver dano algum, mas, apesar disso, haverá sempre um ataque ao bem jurídico vida humana. O que faz com que a pena seja, nessa hipótese, menor que a do crime consumado são fatores de política criminal, o grau e a intensidade da ofensa, a frustração do ato criminoso, o que não significa ausência de ofensa ao bem jurídico, por falta de um resultado meramente material.<sup>200</sup>

Em resumo: “a determinação da missão do Direito Penal com a ajuda do conceito de bem jurídico oferece ao legislador um critério plausível e prático na hora de tomar suas decisões e, concomitantemente, um critério externo de comprovação da justiça dessas decisões. Esse critério, ao mesmo tempo que utilizável, deve ser

---

<sup>199</sup> Idem, 408-409.

<sup>200</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *op. cit.*, p. 20.

facilmente apreendido a fim de evitar que o legislador possa ameaçar com uma pena tudo ‘aquilo que em sua opinião deva ser mantido intacto e sem alteração alguma’. A idéia do bem jurídico conduz, portanto, a uma política criminal racional: o legislador penal deve medir suas decisões em critérios justos e claros, utilizando-os ao mesmo tempo para a sua justificação e crítica. Tudo aquilo que nada tenha a ver com a proteção do bem jurídico deve ser excluído do âmbito de proteção do Direito Penal”.<sup>201</sup>

Assim, a idéia central do princípio da intervenção mínima reside na proteção de bens jurídicos sob a temperança da “necessidade” dessa proteção.<sup>202</sup>

No Estado Democrático de Direito material deve caber ao Direito Penal uma função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas indispensáveis à livre realização da personalidade de cada homem e cuja violação constitui crime, somando-se a tal *mister* sua característica de intervenção necessária.<sup>203</sup>

## 2.4 MISSÃO E LIMITES DO DIREITO PENAL

Quando se diz que “a tarefa do Direito Penal é a luta contra o crime”, afirma-se algo verdadeiro. Todavia, não se pode dizer que essa missão seja exclusiva do Direito Penal. Pelo menos na *luta preventiva* contra o crime estão (ou deveriam estar) envolvidos, cada um a seu modo, importantes setores da vida comunitária: família, escola, órgãos assistenciais, sobretudo os de proteção ao menor etc. Há que se investigar, portanto, qual a tarefa específica do Direito Penal, dentro daquele objetivo amplo, o que implica a necessidade de colocação de metas mais restritas.<sup>204</sup>

O *ius puniendi* (direito de punir) do Estado Democrático (e Social) de Direito não é, nem poderia ser, um direito estatal, de caráter arbitrário, sem freios, nem limites. Ao contrário, tanto a própria estrutura do modelo jurídico optado pelo Poder Constituinte como o fundamento funcional do Direito Penal, entendido como a indispensável e amarga necessidade da pena para a proteção de bens jurídicos de extrema valia, contém limitações, algumas vezes, formalmente

---

<sup>201</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 137.

<sup>202</sup> Idem, p. 138.

<sup>203</sup> Idem, p. 139.

<sup>204</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *op. cit.*, p. 06.



explicitadas, outras, sem consagração expressa, mas decorrentes, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, do regime e dos princípios adotados pela Constituição.<sup>205</sup>

Superficial análise da questão relacionada com as legítimas fronteiras do *ius puniendi* nos conduz à curial constatação de que não devemos falar em limite (único) senão em (múltiplos) limites ao *ius puniendi* (ao direito de punir ou de ameaçar com pena), porque no Estado Constitucional de Direito, que é o Estado dos direitos e garantias fundamentais, não é um só, senão vários os princípios que se articulam e se complementam na tarefa de delimitar o poder punitivo (a *potestas*) estatal.<sup>206</sup>

O direito penal (por razões de proporcionalidade), por ser o mais contundente meio de controle social de que dispomos, só deve intervir quando resulta absolutamente necessário (princípio da necessidade) e que uma das suas missões no atual Estado de Direito é a de proteger bens jurídicos de especial relevância (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) diante de condutas externas (princípio do fato ou da materialidade do fato), descritas prévia e inequivocamente numa lei penal (princípio da legalidade, taxatividade e anterioridade), com capacidade de causar, de modo intolerável (princípio da fragmentariedade), lesão ou perigo concreto de lesão (princípio da ofensividade) ao bem jurídico protegido e sempre e quando não exista outro meio (de proteção desse bem) mais idôneo (princípio da subsidiariedade ou de *ultima ratio*), naturalmente resultam delineados os mais importantes princípios informadores da inseparável relação entre bem jurídico e ofensividade.<sup>207</sup>

Cada um dos princípios que acabam de ser enumerados – (a) necessidade/proporcionalidade, (b) exclusiva proteção de bens jurídicos, (c) legalidade/taxatividade/anterioridade, (d) ofensividade, (e) fragmentariedade e (f) subsidiariedade –, sem prejuízo de outras importantes exigências que emanam diretamente da Carta Magna, cumpre o relevantíssimo papel de garantia no momento em que o legislador tem de decidir sobre a seleção do bem jurídico que “merece” e “necessita” da tutela “penal”. São, conseqüentemente, princípios limitadores do *ius puniendi* (do direito de ameaçar com pena), ou seja, critérios que permitem avaliar a legitimidade do processo de (decisão e)

<sup>205</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 50-51.

<sup>206</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

<sup>207</sup> Idem, p. 32.

seleção (dos bens jurídicos) levado a cabo pelo legislador, tanto do ponto de vista externo (ético-político) como interno, porque todos contam, sem sombra de dúvida, com assento constitucional (expresso ou ao menos implícito). São princípios, portanto, que pertencem ao modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito e que não podem deixar de ser proclamados nas salas de aula nem faltar nos manuais de Direito Penal (do século XXI).<sup>208</sup>

Em razão de o Direito Penal proteger os bens jurídicos mais importantes contra as formas mais graves de agressão, tem-se que, em geral, são eles garantidos já por terem encontrado reconhecimento constitucional. Não é fácil que um bem jurídico protegido pelo Direito Penal não tenha sido, ainda que indiretamente, reconhecido a nível constitucional. Não é possível tão pouco que o Direito Penal outorgue proteção a bens jurídicos incompatíveis com os valores superiores tutelados na Constituição, ou com o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>209</sup>

Não se pode ignorar ainda que o Direito Penal tem um papel importante de garantidor dos direitos fundamentais frente ao arbítrio realizável pelo Estado ou pelo indivíduo, já que lhe cabe delimitar os pressupostos e limites da intervenção penal e processual, assim como os direitos e deveres da vítima e do próprio réu. O direito e processo penais traçam os lindes do *jus puniendi*, seja quanto aos poderes, deveres e direitos do Estado, seja quanto aos do réu, seja quanto aos da vítima. Por meio do Direito Penal previnem-se também eventuais reações públicas ou privadas arbitrárias, mesmo que em caráter precário.<sup>210</sup>

O que a tradição nos legou com o nome de Direito Penal ou Direito Criminal é uma criação humana destinada a reger e motivar a vontade humana, com o fim de, ou a pretexto de, lhe emprestar justa e necessária proteção (conforme o princípio da proporcionalidade, compreensivo da necessidade e adequação desta intervenção); o homem é, portanto, ou deveria ser, o alfa e o ômega, e, pois, o começo e fim do ordenamento jurídico. Se assim é, a resposta penal em cada caso concreto deve ou deveria ser a menos inumana entre as soluções possíveis, mesmo porque, embora se pretenda atender também a fins de prevenção geral, fato é que semelhante intervenção se realiza, sempre,

---

<sup>208</sup> Idem, p. 33.

<sup>209</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 37.

<sup>210</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 119.

em casos particulares, individualmente, com fins de prevenção especial.<sup>211</sup>

Dá ser preocupante a recepção de teorias que privilegiam a preservação do “sistema”, seja ela qual for, em prejuízo do “subsistema” (o homem), pelo seu caráter tecnocrata, acrítico e tendencialmente desumano, voltadas para combater o “inimigo”.<sup>212</sup>

Porque o sistema não constitui um estado final de elaboração dogmática, mas um momento desta, não um fim em si mesmo, mas um meio, flexível, provisório, aberto ao problema, que não se justifica por si mesmo, nem por sua coerência ou rigor lógico, mas por seus resultados e funções, de sorte que determinante há de ser sempre a questão de fato.<sup>213</sup>

Conclusivamente, se a intervenção penal implica, como regra, mera tecnização dos conflitos, subtraindo-lhe toda a carga de dramaticidade e humanidade, além de importar em despolitização e descontextualização, é preciso buscar, na medida do possível, re-politizá-lo, re-contextualizá-lo e re-humanizá-lo segundo o sistema de valores e princípios (garantias) da Constituição Federal. Cumpre reaproximar, enfim, o Direito do homem, pois mais que a “verdade processual”, importa a “verdade existencial”.<sup>214</sup>

A missão do Direito Penal é a missão de todo o Direito: possibilitar a vivência social, assegurar níveis minimamente toleráveis de violência, resolver, enfim, conflitos de interesses de modo pacífico, segundo normas e processo previamente conhecidos.

Não obstante seja esta a sua missão, de cujos demais ramos somente se distingue pelo maior rigor das sanções que adota para fazer em face dos comportamentos declarados criminosos, o Direito Penal, porque preso ainda, fortemente, à idéia de retribuição, responde aos conflitos de forma sensivelmente menos racional que os demais ramos. Não sem razão, tem-se afirmado que a justiça criminal “decide” conflitos, mas não os “resolve”.<sup>215</sup>

A pena, o castigo, só deverá ter lugar quando for absolutamente insubstituível e sobre isso decidirá o juiz, que há de ser, de certo modo, o legislador no caso concreto, mesmo porque interpretação do Direito Penal há de partir, necessariamente, das funções político-criminais assinaladas à pena. Com efeito, já há algum tempo expressões como

---

<sup>211</sup> Idem, p. 122.

<sup>212</sup> Idem, p. 125.

<sup>213</sup> Idem, p. 125.

<sup>214</sup> Idem, p. 126.

<sup>215</sup> Idem, p. 130.

“juiz é a boca da lei” ou o “juiz é um escravo da lei” perderam todo o sentido, pois interpretar é, em verdade, argumentar, corretamente, num sistema aberto (Arthur Kaufmann) e, se múltiplas são as possibilidades de argumentar, múltiplas também hão de ser as possibilidades de interpretar corretamente.<sup>216</sup>

A intervenção penal, por vezes, revela-se claramente inadequada, porque constitutiva de simples castigo, que nada resolver, antes, agudiza um processo de exclusão e marginalização social, pois trabalha com falsas imagens da realidade e acaba por coisificar o conflito; desumanizado-o em nome de um sistema que, embora abstratamente possa parecer coerente e justo; concretamente se auto-deslegitima, por encerrar uma resposta maquinal a um problema demasiado humano, e para o qual desserve, simplesmente porque não se destina a máquinas, mas a homens; e o homem, e não o sistema ou a lei, há de ser sempre a medida de todas as coisas (protágoras)!<sup>217</sup>

De maneira que, a influência dos “valores constitucionais” no sistema penal exercita-se no campo das relações entre política e Direito Penal: relações, a um só tempo, estreitíssimas e, potencialmente, conflituosas.<sup>218</sup>

Relações estreitíssimas, porque o Direito Penal é, por natureza, instrumento privilegiado de política e de utilidade social, tornando-se, por isso, um tema político por excelência, como se dá no eterno conflito entre o indivíduo e a autoridade estatal representativa da comunidade. Se, de um lado, a ação delituosa constitui, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado, por outro lado, a sanção criminal, também por natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual. Em substância, existe uma intrínseca e específica politicidade do Direito Penal que deriva ou da absoluta falta de qualquer espaço de autonomia privada ou da natureza da soma de bens que este se propõe a tutelar com o aguçado instrumento da pena criminal. Teme-se, em razão disso, o perigo da tentação de um “abuso político” do Direito Penal, para o qual as modernas Constituições liberal-democráticas não ficam insensíveis.<sup>219</sup>

No campo das relações entre política e Direito Penal, as modernas Constituições liberal-democráticas exercem uma recíproca

---

<sup>216</sup> Idem, p. 135-136.

<sup>217</sup> Idem, p. 137.

<sup>218</sup> PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 16.

<sup>219</sup> Idem, p. 16-17.

influência racionalizadora, proporcionando, em consequência, forma jurídica às exigências que surgem, não raro, dissimuladas nas indistintas roupagens do “direito natural”. Substancialmente, o elenco das Constituições reforça o vínculo – por assim dizer – entre política e Direito Penal, desdramatizando as relações problemáticas. Para tanto, leva em conta, em primeiro lugar, o perigo de uma instrumentalização política do Direito Penal, reforçando, de fato, os numerosos e crescentes *limites constitucionais garantidores*, tanto no plano formal como no substancial, da utilização da sanção criminal.<sup>220</sup>

## 2.5 A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO, A MÍDIA E OS REFLEXOS NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Em 28 de dezembro do ano de 1931 nasce em Paris Guy Debord, filósofo, escritor, cineasta e teórico libertário, conhecido mundialmente por ter sido um dos pensadores da Internacional Situacionista e da Internacional Letrista, tendo seus textos servido como base das manifestações do Maio de 68, quando os estudantes parisienses ergueram barricadas nas universidades, numa atitude que se espalharia ao redor do mundo. Em 1967 publica aquela que seria sua principal obra, intitulada *A Sociedade do Espetáculo*<sup>221</sup>, onde em uma obra densa e complexa, faz uma crítica contundente tanto do espetáculo de mercado do ocidente capitalista quanto do espetáculo de estado do bloco socialista.

Fortemente influenciado por Karl Marx, se utiliza da noção de valor, conceituada por Marx no primeiro capítulo do livro *O Capital*, onde o conceito de valor diferencia-se de preço, porquanto a mercadoria não se apresenta na forma material, mas no ato de equiparação entre duas mercadorias. Assim, como representação do trabalho que cada mercadoria contém irá resultar na redução dos homens a simples coisas, simples mercadorias. Pode-se afirmar que o ponto central de sua teoria é que a alienação é mais do que uma descrição de emoções ou um aspecto psicológico individual. É a consequência do modo capitalista de organização social que assume novas formas e conteúdos. Como uma constituição moderna da luta de classes o espetáculo é uma forma de dominação da burguesia sobre o proletariado e do espetáculo, sua lógica e sua história, sobre todos os membros da sociedade. De maneira que,

<sup>220</sup> Idem, p. 17-18.

<sup>221</sup> DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. São Paulo: Contraponto, 1997.

cada vez mais o ilusório mundo multimidiático ganhou uma profunda e, ao mesmo tempo, enigmática descrição.

Assim Guy Debord definiu as sociedades contemporâneas como sociedades do espetáculo, em que a representação torna-se a principal forma de se entrar em contato com as experiências da vida. E a imagem foi eleita por esse modelo de organização social como o mecanismo mais eficaz de representação da realidade.

De maneira que, a partir das idéias de Guy Debord, o que se pretende é fazer uma análise crítica acerca da espetacularização midiática de fatos criminais e seus reflexos sobre os princípios da ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, imparcialidade do juiz, dentre outros.

Não é de hoje que notícias sobre fatos criminais fascinam o homem. Na idade média os bardos percorriam povoados difundindo seus romances, os quais, em sua maior parte, narravam histórias de assassinatos. As execuções eram públicas e se constituíam em um espetáculo em que se acendia a violência<sup>222</sup>.

Carnelutti já afirmava que “a descoberta de um delito, de dolorosa necessidade social, se tornou uma espécie de esporte; as pessoas se apaixonam como na caça ao tesouro; jornalistas profissionais, jornalistas diletantes, jornalistas improvisados não tanto colaboram quanto fazem concorrência aos oficiais de polícia e aos juízes instrutores; e, o que é pior, fazem o trabalho deles. Cada delito desencadeia uma onda de procura, de conjunturas de informações, de indiscrições. Policiais e magistrados de vigilantes se tornam vigiados pela equipe de voluntários prontos a apontar cada movimento, a interpretar cada gesto, a publicar cada palavra deles. As testemunhas são encurraladas como a lebre de cão de caça; depois, muitas vezes sondadas, sugestionadas, assalariadas. Os advogados são perseguidos pelos fotógrafos e pelos entrevistadores. E muitas vezes, infelizmente, nem os magistrados logram opor a este frenesi a resistência, que requeria o exercício de seu mister austero.”<sup>223</sup>

Assim, na sociedade do espetáculo, o julgador se transforma em prisioneiro dessa lógica perversa, onde a mídia faz o papel de investigador, acusador e julgador, tudo com a maior exposição possível, visando unicamente o espetáculo, onde a disputa pela audiência não têm

---

<sup>222</sup> SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. Organizador: Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Método, 2001, p. 354.

<sup>223</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. José Antonio Cardinali. São Paulo: Conan, 1995, p. 46-47.

limites. Não lhe permitem outra decisão que não seja a condenação, ainda que para isso, não haja prova suficiente para tal. Neste sentido a fala da jornalista Mônica Teixeira no VI Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, realizado em outubro de 2000, na cidade de São Paulo, ao participar de um painel sobre mídia: *“o papel da televisão não é informar mas, como toda empresa, vender os seus espaços de propaganda. Evidentemente que se assim é a imprensa, o resultado da informação pode não ser verdadeiro...”*

O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado as feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo assim, relembramo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.<sup>224</sup>

Não bastasse parece haver certa promiscuidade entre agentes públicos responsáveis pela persecução penal e a mídia, onde em troca de alguns momentos de exposição aquelas permitem uma verdadeira devassa em atos que deveriam ser sigilosos, mas que de forma irresponsável são lançados em cadeia nacional, criando aquilo que se convencionou chamar de “opinião pública”, termo que ficaria mais bem definido como “opinião publicada”, porquanto a maioria dos receptores de tais “informações”, não dispõe de condições para fazer uma filtragem adequada daquilo que lhes é transmitido. No mesmo sentido *Ferrajoli* afirma que “o rumor em torno do processo, aumentado enormemente pela relação ambígua que se instaurou nos últimos anos entre *mass média* e órgãos voltados à persecução, é de fato inversamente proporcional à efetiva cognoscibilidade dos atos processuais, permitida de maneira distorcida pelo vazamento de notícias de modo unísono durante a instrução, mas impedida, na fase dos debates, pela crescente dimensão das atividades judiciárias. Sob esse aspecto, a publicidade parcial, do processo misto acaba sendo uma publicidade unicamente da acusação – e não da defesa, convertendo-se assim de garantia contra o arbítrio em instrumento ulterior de penalização social preventiva”.<sup>225</sup>

---

<sup>224</sup> Idem, p. 47.

<sup>225</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 569.

Todavia, além do mecanismo formal de controle, sua relação com o senso comum do ‘homem da rua’ seria fundamental, especialmente porque o processo de criminalização primária inexoravelmente advém das representações deste público consumidor em relação simbiótica com a imprensa (marrom). Umberto Eco, ao problematizar sobre as novas maneiras de formação do consenso, bem como sua relação com o público espectador, adverte que, cada vez mais, são produzidos analfabetos lobotomizados pelo *mass media*.<sup>226</sup>

Gizlene Neder afirmava que muito além de deflagrar processos formais de controle (criminalização), o massa media vincula procedimentos informais: esta imprensa sensacionalista está a cumprir um papel inibidor-repressivo, exibindo um horror cotidiano. Com a produção imagética do terror apresentando diariamente mutilações e com a presença de um discurso minudente, detalhista, das atrocidades sofridas pelo ‘condenado’, a banca de jornal como a praça oferece às classes subalternas, comprovadamente consumidoras preferenciais desta imprensa sensacionalista (de mau gosto para as elites), elementos de controle social informal, de alguma forma eficaz.<sup>227</sup>

O papel da imprensa neste contexto não é difundir/divulgar conhecimento, mas sim vender, e não há nada que venda mais do que a desgraça alheia. E o crime é uma dupla desgraça da vida, tanto para quem sofreu a violência, como também para quem a praticou.

Não há dúvidas que os excessos da mídia precisam ser controlados, sob pena de transformarmos nossa jurisdição em jurisdição de papel, onde os acusados de crimes graves chegam ao julgamento previamente condenados, sendo que qualquer movimento da defesa passa a ser interpretado como uma tentativa de “ludibriar” o Estado-Acusação. Talvez aqui, ao contrário do que normalmente ocorre, seria salutar um maior cuidado durante a persecução criminal, afinal crimes graves demandam penas severas, onde eventual erro judiciário ganha proporções inimagináveis.

### **2.5.1 A Sociedade do espetáculo e o princípio da ampla defesa no processo penal**

A Constituição Federal afirma que “*aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o*

---

<sup>226</sup> CAVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. XXI (Introdução).

<sup>227</sup> Idem, p. XXII (Introdução).



*contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”* (art. 5º, inc. LV)

Assim, depreende-se que no processo penal acusatório o Direito não é um privilégio, mas verdadeiro Direito originário e inalienável, cuja mitigação jamais poderá ser aceita. O direito de defesa possui dois aspectos fundamentais, o subjetivo, que consiste na faculdade de, em abstrato, infirmar a imputação deduzida; e o objetivo, que consiste na defesa concretamente exercida, consubstanciada na autodefesa (por meio do interrogatório, participação na audiência etc.), defesa técnica (direito de ser defendido por profissional habilitado) e do direito de produzir provas lícitas, o direito de ver essas provas apreciadas e, em suma, influir no convencimento do julgador (assegurado no axioma do *in dubio pro reo*).<sup>228</sup>

O princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento de liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens. A tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei.<sup>229</sup>

Nos últimos meses imagens de crimes graves têm sido veiculadas pelos meios de comunicação sem a menor preocupação com a situação processual dos envolvidos, sejam eles réus, vítimas, testemunhas, autoridades, ou mesmo o cidadão comum que não tem qualquer relação direta com o fato. É de uma irresponsabilidade sem igual a forma como a mídia brasileira vem tratando casos que ela acredita ter uma maior repercussão e, portanto, maior possibilidade de atrair um público ávido em “saber” e muitas vezes vivenciar as pequenezas humanas, já que não raras vezes vemos pessoas comuns, que em princípio não teriam qualquer relação com o fato noticiado, completamente absorvidas pelas notícias narradas, chamando para si o sofrimento da vítima. É como se a dor ou a violência sofrida pela vítima devesse ser compartilhada por todos. A imagem invadiu definitivamente as sociedades, em que a cultura de massa influencia não apenas gostos e preferências de entretenimento, mas também as escolhas políticas do cidadão.

De maneira que em uma sociedade de massa não basta veicular a notícia, é necessário espetacularizá-la, fazer com que as pessoas

---

<sup>228</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MLULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 20.

<sup>229</sup> RANGEL, Paulo. *op. cit.*, p. 3- 4.

simpatizem com um dos lados, demonizando o outro. E é justamente essa “demonização” do outro, essa transformação do acusado em inimigo a ser “combatido”, que tende a provocar uma situação perigosa para o nosso infante Estado Democrático de Direito, que é a mitigação da ampla defesa, princípio basilar em um processo de índole acusatória.

Nesta conformação o processo passa a ser mera formalidade para justificar ou legitimar a condenação. Condenação que já tomou corpo durante a fase pré-processual, onde sabemos não há direito ao contraditório e toda a persecução penal é voltada para a obtenção de provas visando à condenação. E foi exatamente isso que se viu em caso exaustivamente exposto pela mídia nacional, quando durante o julgamento o advogado de defesa, que é figura essencial à administração da justiça, foi agredido por pessoas que se faziam presentes no Fórum, bem como em suas adjacências. Ao mesmo tempo o representante do Ministério Público era laureado como se fosse uma espécie de herói nacional, como se tivesse ganhado algum campeonato esportivo, porquanto até fogos de artifício foram lançados aos céus, em comemoração à sua “vitória”.

Instauram-se verdadeiras campanhas “demonizadoras”, como define KARAM, que, “fácil e prontamente, o elegem para bode expiatório, ao mesmo tempo que consagram como heróis os que aparecem como seus implacáveis perseguidores e condenadores.”<sup>230</sup>

É obvio que em um clima desses, orquestrado pela mídia, não poderia haver outro resultado, sendo qualquer movimento da defesa, interpretado como um obstáculo ao seguimento da condenação, ainda que sem provas contundentes a demonstrar a exata responsabilidade dos envolvidos.

Assim, este desprestígio ao princípio da ampla defesa nos remete à Idade Média, onde a pena não guardava qualquer preocupação com proporcionalidade ou prévia cominação. Onde os ergástulos, as enxovias, as masmorras, os pelourinhos, depósitos das câmaras de suplícios, a roda, o empalamento, a forca ou a humilhação e o sofrimento perpétuo das galés, eram os destinos finais onde acusados em processos forjados, sem qualquer chance de defesa, desvinculados de qualquer preocupação científica, dogmática ou metodologia, servindo apenas aos propósitos do detentor momentâneo ou vitalício do poder.

---

<sup>230</sup> Boletim do IBCCrim, nº 107, outubro de 2001.

## 2.5.2 A sociedade do espetáculo e o princípio da presunção da inocência

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Directos do Homem e do Cidadão, de 1789. Nesta fica consignado em seu art. 9º, que: *“Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.”*<sup>231</sup>

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve (ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

O legislador constituinte na mesma linha definiu em nossa Constituição que: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”* (art. 5º, inc. LVII)

O que se vislumbra dos dispositivos acima é que no atual momento em que vivemos, não se pode admitir que o acusado de um crime, independentemente da sua gravidade, seja previamente condenado, sem que tenha tido direito a um devido processo penal, entenda-se por “devido”, o processo que permita ao acusado exercer a sua defesa com plenitude, sem prévios julgamentos e, preferencialmente, com o sigilo necessário visando evitar uma exposição precipitada e, consequentemente um pré-julgamento. Por outro lado, poder-se-ia dizer que ao noticiar fatos criminais, se estaria prestigiando o princípio da publicidade processual, e que admitir o sigilo de tais atos, estaria ferindo a liberdade de imprensa em noticiar fatos de relevância e interesse sociais.

---

<sup>231</sup> RANGEL, Paulo. *op. cit.*, p. 23.

Entretanto, a que se dizer que o princípio da publicidade dos atos do processo pode ser visto também sob outra faceta, qual seja, aquela que, na forma do LX do artigo 5º da mesma Lei Fundamental, protege tanto a vítima quanto o acusado da indevida publicidade do processo, e ensinar boa compreensão da regra do art. 792 do CPP, que permite ao magistrado limitar o número de pessoas à sala de audiências, restrição que, por óbvio, não pode alcançar a pessoa do defensor.<sup>232</sup>

Não raro a exposição, em público, da vítima ou do próprio acusado, bem como as manchetes escandalosas dos jornais poderão produzir danos irreparáveis à honra, à intimidade, enfim, à dignidade da pessoa humana, incumbindo ao Estado-Juiz providencias para o resguardo desses direitos fundamentais.<sup>233</sup>

Violam, portanto, a regra de tratamento, ínsita à presunção de inocência, e também o direito contra a indevida publicidade de atos do processo, a execução de mandados de prisão transmitida pela TV e as imposições, com igual alarde, de algemas em pessoas que se entregam às autoridades sem resistência, e que, por isso, não apresentam risco de fuga ou à segurança pública.<sup>234</sup>

Essa prática foi denunciada, aliás, em 2005, pelo Conselho Seccional da OAB de São Paulo, por fugir aos limites da lei brasileira e por servir apenas para “... ‘espetacularizar’ a diligência policial para a mídia e submeter à execração pública o cidadão que, embora detido, deve ter sua dignidade preservada, não podendo ser submetido a tal constrangimento irreparável, patrocinado por agentes do Estado, que têm o dever legal de garantir o cumprimento dos princípios constitucionais e da legislação em vigor”.<sup>235</sup>

A publicidade (ao lado da oralidade, legalidade e motivação) é uma garantia secundária que se destina a dar transparência ao processo/debate, permitindo o controle interno e externo de toda a atividade processual. Contudo, quando a publicidade é hipertrofiada (segredo) ou sobredimensionada (publicidade abusiva), reverte-se em antigarantia.<sup>236</sup>

---

<sup>232</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Coordenador: Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 333.

<sup>233</sup> Idem, p. 333.

<sup>234</sup> Idem, p. 333.

<sup>235</sup> Idem, p. 333.

<sup>236</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 181.

Não há como negar que a publicidade realmente prejudicial não é a imediata, mas sim a mediata, pois a natural limitação do local em que são realizadas as audiências (momento máximo e publicidade) ou as tomadas de depoimento da polícia só permitem que algumas poucas pessoas assistam ao ato. O grande prejuízo vem da publicidade mediata, levada a cabo pelos meios de comunicação de massa, como o rádio, a televisão e a imprensa escrita, que informam a milhões de pessoas de todo o ocorrido, muitas vezes deturpando a verdade em nome do sensacionalismo.<sup>237</sup>

O choque emocional provocado pelas imagens da TV – sobretudo as de aflição, de sofrimento e morte – não tem comparação com o sentimento que qualquer outro meio possa provocar. Suplanta assim a fotografia e os relatos. Nesse contexto a “reconstituição das imagens não captadas passa a ser fundamental para vencer a emoção não captada no seu devido tempo.”<sup>238</sup>

Outro aspecto de fundamental importância é o fato de que o tempo nos meios de comunicação, principalmente na televisão tem um custo elevado e, em face disso, a “informação” deve ser repassada de maneira rápida e sintética, não permitindo uma maior reflexão acerca de fatos de tamanha relevância. Isso tudo aliado à ignorância da massa, faz com que as pessoas assimilem ideologias repressivas, acreditando que essa seja a única alternativa para a resolução dos problemas de índole criminal.

### **2.5.3 A sociedade do espetáculo e a imparcialidade do julgador**

É cediço que, na relação jurídico-processual penal, são três os sujeitos processuais: juiz, acusador (Ministério Público ou o ofendido) e réu (sujeito ativo do fato, em tese, definido como infração penal). Porém, na medida em que o Estado-Juiz chamou para si a tarefa de administrar a justiça, proibindo o exercício arbitrário das próprias razões (cf. art. 345 do CP), exige-se do órgão julgador um desinteresse por ambas as partes. Ou seja, deve o Estado-Juiz interessar-se apenas pela busca da verdade processual, esteja ela com quem estiver, sem sair de sua posição supra partes.<sup>239</sup>

A imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada,

---

<sup>237</sup> Idem, p. 181-182.

<sup>238</sup> Idem, p. 183.

<sup>239</sup> RANGEL, Paulo. *op. cit.*, p. 19.

pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional.<sup>240</sup>

O juiz, na sistemática processual moderna, deve afastar-se ao máximo da persecução penal, a fim de não prejudicar seu livre convencimento, pois, no sistema de provas, adotado pelo Código Processual vigente, toda imposição da lei ao juiz, no que tange à colheita de provas, afronta sua imparcialidade. Salvo, no curso do processo judicial, em busca da verdade processual (cf. art. 156, segunda parte, do CPP).<sup>241</sup>

Neste sentido, é de se indagar qual o poder que a mídia, em face da exposição excessiva de fatos criminais tem de influenciar nas decisões judiciais?

Para Aury Lopes Júnior<sup>242</sup>, a publicidade abusiva, comprovadamente, causa distorção no comportamento dos sujeitos processuais (promotores, advogados e juízes), aumentando ainda mais o estigma do imputado. Uma das conseqüências negativas está no que IBÁÑEZ define como hiperpenalização através da espetacularização do julgamento. A verdadeira garantia está exatamente no oposto, pois a presunção de inocência exige que o imputado seja protegido de tais fenômenos.

Ela altera substancialmente a forma de atuar dos envolvidos no processo penal. Interessa-nos, especialmente, a posição do julgador. Não há dúvidas de que a exposição massiva dos fatos e atos processuais, os juízos paralelos e o filtro do cronista afetam o (in)consciente do juiz, além de acarretarem intranquilidade e apreensão. O “livre” convencimento passa a ser utópico diante do contaminado estado de ânimo do juiz.<sup>243</sup>

E essa realidade tem sido evidenciada principalmente no Tribunal do Júri, onde sabemos os jurados são leigos, e seus julgamentos são levados a cabo muito mais pela emoção do que pela razão.

Neste sentido as palavras de Jean Thiago Vilbert Pereira, acadêmico de Direito, do curso da UNOCHAPECÓ, em texto não publicado: “Regra geral, as situações penais aptas a causar o interesse da mídia, vez que chocam de sobremaneira a sociedade, são barbáries que se encontram na alçada de competência do Tribunal do Júri, isto é, crimes dolosos contra a vida. Nesta conjuntura, cingida pela outorga de

---

<sup>240</sup> Idem, p. 19.

<sup>241</sup> Idem, p. 19.

<sup>242</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 182.

<sup>243</sup> Idem, p. 183.

alcunhas, tais como “maníaco do parque”, ou de impactantes dramatizações baseadas em suposições e depoimentos informais, a indagação emergente é: restariam prejudicados os princípios da soberania dos veredictos e do *in dubio pro réu*? Enfim, após massiva carga de informação provida pela mídia, é possível a um potencial jurado tomar uma decisão independente e pautada no devido processo legal?”

A resposta só pode negativa, porquanto a carga de (des)informação assimilada pelos jurados é imensa, tornando inviável exigir-se daqueles a isenção necessária a um julgamento justo e imparcial.

De sorte que, podemos afirmar que não obstante essa insuperável situação deve a investigação ser aberta ao público, até para que possamos evitar as famosas “investigações secretas”, tão ao gosto de estados totalitários. Entretanto, necessário se faz colocar ordem na casa, exigindo maior cuidado por parte dos meios de comunicação, não permitindo que uma parcela considerável da mídia se alimente da invasão do direito à intimidade do indiciado em nome da informação, que como demonstrado alhures, nem sempre condiz com a realidade.

Estamos com Aury Lopes Junior<sup>244</sup> quando afirma que a existência de um grande conflito: a importância da comunicação na democracia versus direitos fundamentais, ou ainda, entre o “direito” de informar (e ser informado) e o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, está a exigir uma profunda modificação cultural por parte dos juízes, promotores e policiais, despertando-lhes a consciência da proteção constitucional da presunção de inocência, da imagem, vida privada e dignidade da pessoa submetida ao processo ou investigação. Não são poucos os que, estimulados pela vaidade, fazem clamorosas e ao mesmo tempo precipitadas declarações em público e aos meios de comunicação, fomentando a estigmatização do sujeito passivo e prejudicando seriamente a administração e o funcionamento da Justiça. Inclusive, o prejuízo causado é proporcional ao status e à credibilidade dessas pessoas e à função que desempenham.

Urge fecharmos as cortinas do espetáculo, e tratarmos as questões criminais mais com a razão e menos com a emoção, porquanto a complexidade do problema reclama uma maior reflexão e equilíbrio, evitando os sensacionalismos tão ao gosto dos meios de comunicação de massa.

---

<sup>244</sup> Idem, p. 187.

Enfim, ao término do presente capítulo cremos ter demonstrado os motivos pelos quais o expansionismo penal se encontra tão premente, bem como os reflexos negativos que tal política criminal pode causar a nosso infante Estado Democrático de Direito. De maneira que no próximo capítulo o estudo focará os crimes tipificados na lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro, visando demonstrar a sua (i) legitimidade à luz da teoria do Garantismo Penal.



## **CAPÍTULO III**

### **3 OS CRIMES EM ESPÉCIE À LUZ DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL**

Após o estudo realizado nos capítulos anteriores, no presente capítulo será dada uma atenção especial aos crimes tipificados na lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro e, para tanto, necessário se faz dissertarmos, ainda que de forma perfunctória, acerca do bem jurídico tutelado pelos crimes de trânsito, visto que tal delineamento é de vital importância para a sua adequada interpretação.

#### **3.1 BEM JURÍDICO TUTELADO PELOS CRIMES DE TRÂNSITO**

Inicialmente é necessário observar qual objetividade jurídica é tutelada pelos crimes de trânsito, para, a partir daí, delinear os crimes acerca de sua (i) legitimidade à luz dos princípios que norteiam o Garantismo Jurídico. De maneira que o capítulo XIX do Código de Trânsito Brasileiro reserva onze crimes em espécie, dos quais podemos afirmar, ainda que com dissenso na doutrina e jurisprudência, que são catalogados como sendo crimes de dano: (Homicídio Culposo, art. 302; Lesão Corporal Culposa, art. 303 e o crime de Fraude Processual em acidente de trânsito, art. 312); de mera conduta ou perigo abstrato, dependendo da concepção do autor: (Fuga do local do acidente, art. 305; Violação de Suspensão ou Proibição de se Obter Permissão ou Carteira Nacional de Habilitação, art. 307; Permitir, Confiar, ou Entregar Direção de Veículo Automotor, art. 310); de perigo concreto: (Participação em Competição não Autorizada, art. 308; Direção de Veículo Automotor sem Permissão ou Habilitação, art. 309 e Trafegar em Velocidade Incompatível, art. 311) e, ainda, de perigo abstrato: Embriaguez ao Volante, art. 306.

De maneira que é de extrema importância definirmos o bem jurídico tutelado pelos crimes de trânsito, porquanto dependendo da concepção de bem jurídico adotada, a validade, bem como a forma de aplicação prática tais crimes, poderá ser deslegitimada.

Assim, para a maioria da doutrina a objetividade jurídica a ser tutelada pelos crimes de trânsito, com exceção aos crimes de Homicídio Culposo, Lesão Corporal Culposa e Fraude Processual em acidente de trânsito, cujos bens jurídicos tutelados primordialmente são a vida, a integridade física e a administração da justiça, respectivamente, os demais tutelam a incolumidade pública, mais precisamente a segurança

viária. Entretanto, autores há que não visualizam a segurança viária como um legítimo bem jurídico, apontando a distinção entre bens jurídicos reais e bens jurídicos apenas aparentes, especialmente no âmbito de bens jurídicos coletivos, visto que é demasiado fácil falar em entidades de duvidosa natureza, como a “incolumidade pública”, a “segurança no trânsito”, a “saúde pública”, as “relações de consumo”, e o perigo deste procedimento é legitimarem-se automaticamente incriminações injustificadas e sanções desproporcionais<sup>245</sup>. Nesse sentido assevera Luís Greco:

Outro problema importante diz respeito à natureza do bem jurídico: deve o bem jurídico ser entendido como uma realidade, como um dado fenomênico, ou como um valor, como uma entidade ideal, espiritualizada? Este problema da essência do bem jurídico é só aparentemente terminológico, e a sua importância está só em parte no fato de que, por ex., a vida enquanto valor não é destruída pelo homicida, que destrói não mais do que o objeto em que este valor se manifesta, a vida de João da Silva. A relevância prática do problema está em que uma vez que se compreenda o bem jurídico como entidade ideal, abrem-se as portas para uma livre postulação de bens jurídicos com o fim de legitimar toda e qualquer norma que se entenda desejável – noutras palavras, não será mais possível distinguir bens jurídicos reais de bens jurídicos aparentes ou pseudo-bens jurídicos (como a paz pública, a saúde pública, a incolumidade pública, a segurança no trânsito etc.)<sup>246</sup>

A mesma percepção tem Leonardo Schmitt de Bem, quando dos comentários acerca do crime de embriaguez ao volante proclama:

---

<sup>245</sup> GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 408.

<sup>246</sup> *Idem*, p. 407.

Também para este injusto parte da doutrina destaca que o objeto de proteção é a incolumidade pública no aspecto da segurança no trânsito. Como salientou Gustavo Quandt em debate virtual, “trata-se de expressão sonora e vazia de conteúdo” que, como delineei em momento anterior; homenageia uma postura ideal de bem jurídico com o propósito de legitimar o que o legislador entendeu desejável. Esse posicionamento representa verdadeiro retrocesso e, por evidente, não deve prevalecer, sendo que os argumentos de sua desconstituição passam numa interpretação da doutrina de Luís Greco, primeiro pelo problema da essência de sua definição; depois, por antecipar uma legitimação do Direito Penal; e finalmente, por legitimar a comunicação de uma pena exagerada.<sup>247</sup>

E ainda:

Quanto ao problema relacionado à essência de sua definição insisto que se deve fundamentar o objeto de proteção numa base realista e não espiritualizada, tendo em vista que a tutela do bem jurídico não deve servir de fundamento à expansão da pena, mas, ao contrário, deve limitar o poder de punir do Estado. Por isso o julgador precisa estar mais atento para perceber que não se deve falar em segurança viária, contudo no resguardo da disponibilidade da vida e/ ou da integridade física. Ao salientarem que o bem jurídico é a incolumidade pública, Damásio e Capez constroem o que acreditam ser um autêntico bem jurídico coletivo visando fundamentar a legitimidade da proibição. E com essa engenharia antecipam a própria lesão ao objeto de proteção e se afastam de eventual ofensa ao princípio da lesividade, pois esse seria atendido. É como menciona Greco: “mantém suas consciências limpas e imperturbadas, por estarem respeitando o princípio da lesividade, ao menos da

---

<sup>247</sup> BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal de trânsito**: comentários aos crimes da lei 9.503/97 sob a ótica da teoria da imputação objetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 160.

boca pra fora”. Mas essa paz de espírito é alcançada por meio de uma ficção jurídica, pois o que vislumbram ser um autêntico bem coletivo não passa de um aparente bem coletivo.<sup>248</sup>

De maneira que, dependendo da concepção do intérprete acerca do bem jurídico tutelado pelos crimes de trânsito, será possível chegar a interpretações diametralmente opostos em relação à legitimidade ou não de determinados tipos penais, principalmente aqueles que objetivem regradar condutas de perigo abstrato.

Assim, tomando posição no debate acima e, por todo o disposto no capítulo anterior, inclino-me a não visualizar a incolumidade pública como um legítimo bem jurídico penal, senão nas palavras de Luis Greco, apenas um pseudo ou falso bem jurídico, que serve não mais do que instrumento de legitimação de um movimento expansionista do Direito Penal em terras tupiniquins. De sorte que o verdadeiro bem jurídico tutelado pela norma é a vida ou ainda, a incolumidade física dos usuários do trânsito.

### 3.2 HOMICÍDIO CULPOSO E LESÃO CORPORAL DE TRÂNSITO (ART. 302 E 303)

Os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa estão tipificados no Código de Trânsito Brasileiro da seguinte maneira:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas: detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único: No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente: I - não Possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; II - Praticá-la em faixa de pedestres ou na calçada; III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo se risco pessoal, à vítima do acidente; IV – no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

---

<sup>248</sup> Idem, p. 160-161.

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas: detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único: Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior.

Inicialmente, cumpre destacar o fato do legislador, ao redigir os artigos em comento, ter feito uso de uma técnica legislativa equivocada, qual seja: ter inserido na tipificação dos artigos o seu *nomen jûris* como elemento do texto, o que tecnicamente é incorreto e desaconselhável. Neste sentido, Damásio de Jesus, assim se manifesta:

O conceito típico é criticável. Nunca houve maneira mais estranha de descrever delito. O verbo, que tecnicamente representa o núcleo do tipo, refletindo a ação ou a omissão, não menciona a conduta principal do autor. É “praticar”. Ora, o comportamento do autor no homicídio culposo, para fins de definição típica, não consiste em “pratica homicídio culposo”, e sim “matar alguém culposamente”. O verbo típico é “matar”; não “praticar”. O sujeito é punido não porque “praticou”, mas sim porque “matou alguém”. Autor é quem realiza a conduta contida no verbo do tipo, e não quem “pratica homicídio”.<sup>249</sup>

Ao analisarmos o artigo 302, com o cuidado necessário, fácil perceber a desproporção entre a pena aplicada ao homicídio culposo na direção de veículo automotor, e a pena aplicada ao homicídio culposo previsto no Código Penal. Sendo que o Código de Trânsito Brasileiro estabelece uma pena em abstrato em dois a quatro anos de detenção, com a possibilidade de um aumento de pena de um terço à metade. Ao posso que, no Código Penal, para a mesma conduta, com a diferença de não ter sido cometida na direção de veículo automotor, o legislador reservou uma pena em abstrato de um a três anos, com um aumento de pena possível em apenas um terço (art. 121, § 3º, do CP).

---

<sup>249</sup> JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 71.

Evidente a desproporção na penalização de ambas as condutas, uma vez que se trata de crimes idênticos, em que o mesmo bem jurídico foi violado, restando diferente apenas o meio pelo qual foram cometidos.

Pelo princípio da culpabilidade, a maior ou menor punição, principalmente em se tratando de crime culposos, não deve ser medida em razão do meio utilizado para a consecução do crime, mas sim pela conduta do agente, que deverá ser devidamente individualizada pelo julgador no momento da aplicação da pena.

Inverter esta ordem implica em ir de encontro aos princípios da proporcionalidade/igualdade (dois crimes idênticos, penalizados de maneira significativamente diferente), bem como da culpabilidade que tem na individualização da pena um de seus corolários. Devendo, nesse caso, ser consideradas as condições pessoais do agente criminoso, e não o meio pelo qual foi cometida a infração.

Não é outro o pensamento de Celso Ribeiro Bastos, quando proclama que:

Mas o princípio da igualdade vai mais longe. Ele não se limita a proibir desequiparações em função de uns poucos critérios. O vício da inconstitucionalidade pode incidir em qualquer norma desde que não dê um tratamento razoável, equitativo, aos sujeitos envolvidos. (...) Toda vez que uma lei perde o critério da proporcionalidade ela envereda pela falta de isonomia. (...) É por isso que o princípio da isonomia é dos mais importantes da Constituição: ele incide no exercício de todos os demais direitos. É como se disséssemos: é garantido o direito de propriedade, de liberdade, de comunicação, respeitado o princípio da igualdade. Toda vez que o critério adotado perde legitimação, isto é, não se afigura mais aos olhos da sociedade com razão para diferenciar as pessoas, esse elemento tem de ser expurgado do sistema.<sup>250</sup>

Ainda em relação ao tema, Maurício Antonio Ribeiro Lopes assim se manifesta:

---

<sup>250</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 182.

A existência de causas especiais de aumento ou diminuição da pena, circunstâncias atenuantes ou qualificadoras, de natureza objetiva ou subjetiva, está prevista na legislação penal justamente para buscar a correta individualização da pena que melhor se coaduna ao réu. Mas nada justifica que para a mesma figura penal a pena-base seja diversa. Tal ofende o princípio constitucional da isonomia e o conseqüente direito subjetivo do réu a um tratamento igualitário.<sup>251</sup>

A análise do artigo 303 (lesões corporais culposas) não pode ser diferente, e com um agravante, eis que a pena prevista para a lesão corporal culposa, quando cometida na direção de veículo automotor (detenção de seis meses a dois anos) foi tão severa e desproporcionalmente agravada, que chega ao absurdo de, dependendo da situação, ser apenada mais severamente que a lesão corporal “dolosa” tipificada no caput do art. 129, do Código Penal, restando como patente a sua inconstitucionalidade.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes comentando o artigo assim se manifesta:

Nem sempre a Constituição Federal foi interpretada em seu art. 5º considerando-se efetivamente os *princípios por ela adotados* que fazem com que *os direitos e garantias expressos não excluam outros decorrentes*. Pois bem, decorre do princípio geral de igualdade previsto na Constituição Federal em diversas passagens, dentre as quais se pode destacar o caput e o inc. I do art. 5º da CF e do princípio da individualização da pena, inc. XLVI, o princípio da retribuição proporcionada ou da proporcionalidade da pena. Ora, para que se observe a igualdade material entre as pessoas soa claro que estas estejam submetidas hipotética e concretamente um sistema de penas criminais que seja proporcionado. Na escala de construção desse modelo, o dolo – a ação livre e diretamente dirigida à consecução de um objetivo predeterminado na mente do agente – não pode ser reputado menos grave, em nenhuma

---

<sup>251</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Crimes de trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 204.

hipótese, em vista do resultado alcançado, daquele de igual ordem que é obtido mediante um comportamento apenas livre na origem, mas não orientado de maneira pré-ordenada para o resultado verificado. Viola o princípio da igualdade punir alguém mais gravemente por lesão corporal culposa do que fazê-lo pelo mesmo resultado obtido a título doloso.<sup>252</sup>

De maneira que ante as considerações acima, resta duvidosa a constitucionalidade dos dispositivos legais mencionados, uma vez que ferem os princípios da igualdade, proporcionalidade, culpabilidade, razoabilidade e individualização da pena.

### 3.3 OMISSÃO DE SOCORRO DE TRÂNSITO (ART. 304, DO CTB)

Art. 304. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave. Parágrafo único. Incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

Aqui também, e pelos mesmos motivos acima expostos, são feridos os princípios da igualdade, proporcionalidade, culpabilidade, razoabilidade e individualização da pena, vez que o mesmo crime é penalizado de maneira menos severa no Código Penal Brasileiro.

Em razão disso, algumas situações interessantes poderão ocorrer, a exemplo: Duas pessoas viajam tranqüilamente em um veículo automotor, quando repentinamente um suicida atira-se na frente do veículo, restando ferido gravemente. Não obstante a falta de culpa do motorista, se este e seu colega (carona) não socorrerem a “vítima”, ambos responderão por crimes idênticos (omissão de socorro), mas com penas consideravelmente diferentes, uma vez que a conduta do motorista, por estar conduzindo o veículo será tipificada no art. 304 do

---

<sup>252</sup> Idem, p. 204.



Código de Trânsito Brasileiro, cuja pena em abstrato é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano. Enquanto seu colega responderá pelo crime de omissão de socorro capitulado no art. 135 do Código Penal, crime para o qual é reservada a pena de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou seja, seis vezes maior na pena mínima, ao passo que o aumento é de metade na pena máxima.

Não se contentando, o legislador em seu afã criminalizador, entendeu por bem penalizar o condutor, mesmo que a vítima esteja morta. Nesse caso cabe a pergunta: Prestar socorro a quem? Ao cadáver? Ora se a vítima se encontra morta, trata-se de um crime impossível.

Neste sentido Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales:

Causa perplexidade a incriminação do fato de não-prestação de socorro caso a vítima tenha morte instantânea. Sem embargo dos bons propósitos do dispositivo, não se poderá imputar a omissão de socorro a quem não poderia prestá-lo, e.g., verificada a morte antes que possível qualquer medida de assistência, de tal sorte que, a haver socorro, seria ele prestado ao cadáver e não ao ferido. A hipótese é de crime impossível (art. 17, CP). A não ser que a norma penal tenha sido posta à tutela de impreciso *dever de solidariedade*, o que é inaceitável, tanto pelas dificuldades em delimitar tal conceito, como pelas questões de constitucionalidade que podem ser suscitadas.<sup>253</sup>

Importante ressaltar que o condutor do veículo somente poderá ser responsabilizado pelo crime ora comentado, caso não seja considerado culpado pelos crimes de lesão corporal culposa ou homicídio culposo, quando então deverá responder por aqueles de maneira agravada, uma vez que a omissão de socorro é uma circunstância agravante para estes tipos penais, sob pena de incidir em um *bis in idem* (dupla penalização pelo mesmo fato), o que sabemos o direito penal contemporâneo não tolera.

---

<sup>253</sup> PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALLES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 207.

### 3.4 FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE (ART. 305, CTB)

Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Esse delito anteriormente era interpretado pela jurisprudência como procedimento da omissão de socorro. Aqui, contudo, o agente condutor do veículo se afasta, se arreda, se distancia do local do acidente para evitar a sua prisão em flagrante ou querer omitir socorro, mas para uma finalidade específica (elemento subjetivo do tipo): fugir à responsabilidade civil ou criminal que eventualmente lhe acarrete pelo cometimento do fato. Afasta-se para não ser identificado e, conseqüentemente, livrar-se daquela responsabilidade. A exigência do elemento subjetivo poderá, no campo prático, dificultar a sua comprovação.<sup>254</sup>

Aqui, como alhures, o vício da inconstitucionalidade se corporificou, vez que o agente não é obrigado a permanecer na cena do crime após o seu cometimento, pois, se assim fosse, estaríamos invertendo o ônus da prova, pois não há obrigatoriedade ao infrator em se auto-incriminar.

Se reconhecida a constitucionalidade do presente dispositivo, outro princípio seria afetado, qual seja: o da igualdade. Uma vez que em dispositivo penal algum é obrigação do criminoso permanecer na cena do crime após o seu cometimento. O homicida raramente permanece no local do delito, esperando a sua identificação e conseqüente prisão, sem que lhe resulte qualquer responsabilização pela fuga.

Então por que o criminoso de trânsito teria tal obrigação? Quais os critérios adotados pelo legislador para lhe impor tal dever, que tem um caráter muito mais de dever moral, fugindo dos tentáculos do Direito Penal?

E outro não é o entendimento de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, quando afirma:

Esse dispositivo legal é de duvidosa constitucionalidade em face de se tratar, antes de mais nada, de obrigação expressivamente moral e, como tal, estranha aos limites do Direito que não pode impor conduta de vida deixando de reconhecer as diferenças entre as pessoas.

---

<sup>254</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *op. cit.*, p. 218.

Ademais disso, o texto legal impõe, na prática, o dever de auto-incriminação do acusado, o que afronta o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, como, aliás, o garante o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Não bastasse, a não ser nas hipóteses constitucionalmente previstas, ninguém está sujeito a prisão por obrigações civis. Ora, precisamente uma das hipóteses desse pernicioso dispositivo legal contempla a prisão fundada em responsabilidade civil não assumida pelo argüido que se evade após o acidente. Tal dispositivo é de robusta inconstitucionalidade.<sup>255</sup>

No mesmo sentido a segunda Câmara do Tribunal de Santa Catarina se manifestou afirmando que presente delito ofende os princípios da ampla defesa, da igualdade e da proporcionalidade, bem como o cerceamento de liberdade por eventual condenação pelo delito configuraria modalidade de prisão por responsabilidade civil, *in verbis*:

Art. 305. Fuga do local do acidente para isenção de responsabilidade civil ou penal. Incompatibilidade com a Constituição Federal. Argüição ao Pleno do Tribunal (CF/88, art. 97; CPC, art. 481; RITJSC, art. 161. Não se pode conceber que, pelo simples fato de estar na condução de um veículo, o motorista que se envolve em um acidente de trânsito tenha que aguardar a chegada da autoridade competente para averiguação de eventual responsabilidade civil ou penal, porque reconhecer tal norma como aplicável seria impor ao condutor a obrigação de produzir prova contra, hipótese vedada pela Constituição Federal por ofender o preceito da ampla defesa (art. 5º, LV) e o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII). Ademais, estar-se-ia punindo o agente por uma conduta praticada por qualquer outro delinquente, ou seja, a de evasão da pena do delito, sem que por tal conduta receba sanção mais alta ou acarrete maior gravosidade em suas penas, estabelecendo-se forte contrariedade ao princípio da isonomia e ao princípio da

---

<sup>255</sup> Idem, p. 218.

proporcionalidade. Assim, imaginar-se que o condutor envolvido em acidente, do qual resulta apenas danos materiais, pode ter sua liberdade cerceada, estar-se-ia criando nova modalidade de prisão por responsabilidade de civil, matéria que encontra limites constitucionais inestendíveis pelo legislador ordinário, o qual sofre limitação pelo art. 5º, LXVII da CF, que impede a prisão civil por dívida, afora as hipóteses excetuadas” (Apelação criminal n. 2009.026222-9, de Forquilha, rel. Desª Salete Sommariva, j. 28/09/2009).

### 3.5 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306)

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Cumpre destacar que se faz necessário um maior aprofundamento na análise do crime de embriaguez ao volante, porquanto a maneira como nosso legislador e nossos administradores públicos, vem tratando a questão é paradigmática de um modelo penal de emergência, visto que não se legisla mais com a razão, senão com a emoção.

Assim, pode-se iniciar afirmando que, no limiar de um novo milênio, amparado por uma tecnologia sem precedentes, cuja utilização prática é regida por uma ética questionável, o Homem continua a temer demônios que são essencialmente por ele mesmo criados, buscando no mundo jurídico soluções contingenciais para problemas que são, antes de tudo, contextuais. Das assombrações modernas, duas são

particularmente evidentes: o narcotráfico e o terrorismo (interno e internacional).<sup>256</sup>

Ao lado dessas, outras não menos significativas também se apresentam, como a prostituição internacionalmente promovida e aquilo que se denomina de lavagem de dinheiro, natural desdobramento das anteriores. Todas tem em comum um ponto, que é o perfil organizado dessas atividades, aumentando assim o potencial assustador de suas consequências, o que, por outro lado, é legitimador do aumento da sensação de que algo precisa ser feito.<sup>257</sup>

A brutalidade da ação terrorista coloca-a como um dos mais sensíveis pontos na pauta política supranacional a clamar pela adoção de mecanismos cooperatórios específicos para seu combate, implementados que são por tratados internacionais e convenções bilaterais que tem como objeto, desde a criação de polícias transnacionais, até mecanismos de trocas de presos.<sup>258</sup>

O mesmo expediente de combate é usado no caso do narcotráfico, cujo apelo à emotividade social é tão grande, senão maior, que o terrorismo. Amparados em dados estatísticos a demonstrar a amplitude do narcotráfico, políticas internas e internacionais são estabelecidas visando um tratamento específico do ponto de vista jurídico de oposição ao crescimento dessa atividade ilegal que, dado seu alto grau de organização e penetração no tecido social, acaba atingindo as estruturas políticas e econômicas como um todo deixando em aberto a dúvida quanto a possibilidade completa de sua erradicação.<sup>259</sup>

De uma forma geral, o elevado grau de sofisticação nesse tipo de atividade criminosa acaba tornando especialmente dificultoso o impedimento de seu progresso. Estatisticamente comprovado, o crime organizado, em suas mais diversas faces, acabou se tornando na oitava economia do planeta e, por consequência, descortinou uma nova assombração no imaginário da repressão, que é a atividade de lavagem de dinheiro, na medida em que o fruto da atividade criminosa acaba sendo convertido em ativos financeiros lícitos, de forma a tornar temíveis criminosos em distintos cavalheiros graças aos poros do sistema financeiro.<sup>260</sup>

---

<sup>256</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Luman Juris, 2002, p. 35.

<sup>257</sup> Idem, p. 35.

<sup>258</sup> Idem, p. 19.

<sup>259</sup> Idem, p. 37-38.

<sup>260</sup> Idem, p. 38.

Quando todos esses medos são projetados sobre a sociedade de forma intermitente e o discurso do caos se propaga, a perda dos valores culturais (que já com sérias dificuldades servem de base para o contexto da normalidade) é a primeira grande baixa dessa guerra. Aliás, a nomenclatura militar aqui não aparece por acaso. Muito ao contrário, ela está na mensagem subliminar que incorpora a polarização amigo x inimigo, conhecida na teoria política porque justifica a manutenção do poder a qualquer custo, num conflito substancialmente sem regras.<sup>261</sup>

De sorte que a seu turno assevera Zafaroni:

Em décadas passadas difundiu-se outra perspectiva bélica, conhecida como segurança nacional, que compartilha seu caráter de ideologia de guerra permanente (inimigo disperso que aplica pequenos golpes) com a concepção bélica do poder punitivo hoje difundida pela imprensa. Por isso seria uma guerra suja, em contraposição a um idealizado modelo de guerra limpa, que seria oferecido pela I Guerra Mundial (1914-1918), curiosamente assimilável ao culto do heroísmo guerreiro dos autoritarismos que vicejaram antes da II Guerra Mundial. Tendo em vista que o inimigo não joga limpo, o Estado não estaria obrigado a respeitar as leis de guerra. Com este argumento se adestraram forças terroristas que nem sempre permaneceram fiéis a seus treinadores. Com este argumento tomou-se por guerra o que não passava de criminalidade política. Com este argumento os tratados de Genebra não foram aplicados e instalou-se o terrorismo de Estado, que vitimizou setores progressistas de algumas sociedades, tantas vezes por meros delitos de opinião ou mesmo de convicção política. Na guerra contra a criminalidade não seria necessário respeitar as garantias penais e processuais por razões semelhantes. Assim como a “subversão” habilitava o terrorismo de Estado, o delito habilitaria o crime de Estado. A subversão permitia que o Estado fosse terrorista e o delito permite que o Estado seja criminoso: em ambos os casos, a imagem ética do Estado sofre uma

---

<sup>261</sup> Idem, p. 38-39.

enorme degradação e, consequentemente, perde toda legitimidade.<sup>262</sup>

E ainda:

A chamada ideologia da segurança nacional passou para a história como resultado das mudanças no poder mundial, e está sendo substituída por um discurso público de segurança cidadã como ideologia (não como problema real, que é algo totalmente diferente). A esta transformação ideológica corresponde uma transferência de poder das agências militares para as policiais. Embora formulada inorganicamente, em vista do peso da comunicação social sobre as agências políticas e da competitividade de clientela das últimas, esta difusa perspectiva pré-ideológica constitui a base de um discurso vindicativo que se ergue como uma das mais graves ameaças ao estado de direito contemporâneo, e que pode conduzir a um estado da polícia sob a forma de ditadura da segurança urbana. A imagem bélica do poder punitivo implica: a) aumentar os níveis de antagonismo nos estratos sociais inferiores; b) impedir ou dificultar a coalizão ou o acordo no interior desses estratos; c) aumentar a distância e a incomunicabilidade entre os diversos estratos sociais; d) potencializar os medos (espaços paranóicos), as desconfianças e os preconceitos; e) desvalorizar as atitudes e discursos de respeito pela vida e pela dignidade humana; f) dificultar as tentativas de encontrar caminhos alternativos para solução de conflito; g) desacreditar os discursos limitadores da violência; h) apresentar os críticos do abuso de poder como coniventes ou aliados dos delinquentes; i) habilitar, no que concerne a esses críticos, a mesma violência concernente aos delinquentes.<sup>263</sup>

Com efeito, à dicotomia amigo x inimigo, que é própria das relações de poder de cunho autoritário se contrapõe a dialética entre

---

<sup>262</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. *op. cit.*, p. 58.

<sup>263</sup> Idem, p. 59.

adversários, esta inerente ao jogo democrático, onde regras pré-acordadas servem de limites ao exercício selvagem do poder. Os reflexos no processo penal são evidentes, fundamentalmente porque a realização dessa cruzada moderna será responsável pela quebra do perfil adversarial do processo, na medida em que não existe, no pólo passivo, um réu, mas sim um inimigo.<sup>264</sup>

As (regras) que existem a serem inicialmente sacrificadas são as de proteção à liberdade individual e de refreamento do poder estatal normalmente contidas nos textos constituintes, como se fossem delas paridas os demônios contemporâneos.

O que existe de intrigante em todo esse quadro é que ele nada tem de novo. Os medos do imaginário coletivo, as alegações de desintegração social dada a quebra do ordenamento, não apenas jurídico, mas social como um todo, incluindo-se aí os outros aspectos como, v.g., os religiosos, foram apenas substituídos por outros mais avançados tecnologicamente. Fundamentalmente, no entanto, a dicotomia ordem x desordem, que também pode ser identificada com a tentativa da manutenção do poder ante as investidas de desestabilização, continua intacta.<sup>265</sup>

E o que isso tem a ver com o trânsito? Simples, a mesma política criminal utilizada para o “combate” ao terrorismo e ao tráfico de drogas, é utilizada para tratar as questões atinentes à circulação viária. E no concernente ao crime de embriaguez ao volante tal política fica ainda mais evidenciada, porquanto essa espécie de criminoso é tratada como um verdadeiro inimigo do Estado conforme expressão cunhada por Arno Dal Ri Junior<sup>266</sup>. E como tal, deve ser severamente “combatido”.

Fazendo um necessário resgate histórico do crime de embriaguez ao volante pode-se destacar que ele nasce como crime com o advento da lei 9.503/97. Posteriormente, visando um rigor maior na punição dos autores de tal delito, a embriaguez foi incorporada aos crimes de homicídio e lesão corporal culposa, através da lei n. 11.275/2006, passando a configurar uma causa de aumento de pena de tais crimes. Dois anos após, em razão da edição da lei 11.705/08, a lei 11.275/06 foi revogada, sofrendo o crime tipificado no art. 306 significativas alterações. Importa salientar que as alterações promovidas pela lei 11.705/08, não se limitaram aos aspectos penais, produzindo alterações

---

<sup>264</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *op. cit.*, p. 39.

<sup>265</sup> Idem, p. 40.

<sup>266</sup> JÚNIOR, Arno Dal Ri. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.



também nos aspectos administrativos da conduta de embriaguez ao volante.

Anteriormente à publicação da precitada lei a redação do crime ora em comento era a seguinte: *“Conduzir veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano em potencial a incolumidade de outrem”*, com pena privativa de liberdade de 06 meses a 03 anos de detenção, multa e suspensão do direito de dirigir, ao passo que a infração administrativa tinha a seguinte redação: *“Dirigir sob influência de álcool em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”*, com pena em abstrato de multa e suspensão do direito de dirigir.

A partir da entrada em vigor da novel legislação, o crime de embriaguez ao volante passou a ter nova redação, sendo que agora o crime se corporifica com a conduta de: *“Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”*, ao passo que a infração administrativa passou a se perfectibilizar com a conduta de: *“Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”*, sendo que no concernente à pena de índole administrativa, o legislador brasileiro tipificou a pena de suspensão do direito de dirigir de maneira tarifada em 12 meses, mantendo inalterada a penalidade pecuniária.

Analizando as alterações acima destacadas, percebe-se que houve uma nítida administrativização do Direito Penal, técnica que tem sido corriqueira na prática legislativa brasileira e também mundial. Assim, o que antes da lei 11.705/08 configurava mera infração administrativa, agora passou a ser crime, ao passo que conduta que antes era um indiferente penal, ou mesmo administrativo, passou a ser tratada como infração administrativa.

Tal política acabou por promover uma transferência de responsabilidades, passando aquilo que até então era gerido pelo administrador público (Poder Executivo), para se gerido pelo juiz, contribuindo de forma significativa para abarrotar um pouco mais o já esgotado Poder Judiciário.

Outra novidade foi a técnica legislativa utilizada, valendo-se do expediente do crime de perigo abstrato, porquanto eliminou-se a necessidade de expor a dano em potencial a incolumidade de outrem. Percebe-se, portanto, uma nítida intenção em recrudescer ainda mais a

reprimenda às condutas dos novos “inimigos do Estado”, como se o único motivo para a violência no trânsito fosse os condutores embriagados.

Entretanto, alguns aspectos acerca do crime ora em comento necessitam ser melhor estudados, a começar pela estrutura típica apresentada pelo legislador, porquanto visualizo no dispositivo legal acima, uma severa agressão a três princípios fundamentais do modelo garantístico de Direito Penal, a saber: princípio da taxatividade, da proporcionalidade e o da ofensividade. O primeiro em razão de que o crime de embriaguez ao volante, só se consuma se estiverem presentes algumas circunstâncias fáticas, que podemos chamar de condições elementares para a configuração do delito, dentre as quais destaco a exigência de que a conduta tenha ocorrido em “via pública”. E é justamente no conceito de **via pública** que reside a ofensa ao princípio da taxatividade, uma vez que o legislador deixou a cargo dos operadores do direito, conceituarem o seu significado, que, no dizer de Damásio de Jesus, é:

A via por onde transitam os membros da coletividade: autopistas, rodovias, ruas, avenidas, alamedas, travessas, desvios, becos etc. Não se trata de via pública no sentido de que pertence ao Poder Público. Entende-se por via a” superfície por onde transitam pessoas e animais.<sup>267</sup>

Damásio também antevê a possibilidade do autor ser responsabilizado criminalmente, por infração cometida em locais não especificamente destinados ao tráfego de veículos, tais como grandes jardins, praças, calçadas, passeios, terrenos, gramados etc. E como exemplo, traz a situação de alguém que para fugir do tráfego intenso, e sob a influência de álcool, resolve cortar caminho atravessando os jardins do Congresso Nacional, em Brasília, durante uma passeata, em que os manifestantes se encontram acampados no gramado.<sup>268</sup>

É de se notar, que o referido autor, entende ser necessário que haja habitualidade no uso da via, para que esta seja considerada pública, e exemplifica com uma via no interior da Amazônia, que pelo fato de raramente haver trânsito de veículos e pessoas, não pode ser

---

<sup>267</sup> JESUS, Damásio de. *op. cit.*, p. 151.

<sup>268</sup> Idem, p. 151.

caracterizada como via pública, para a incidência da norma incriminadora.<sup>269</sup>

Em sentido semelhante preleciona Leonardo Schmitt de Bem:

Analizando o Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei n. 9.503/97, observa-se que o legislador não delineou o conceito de via pública. Entendo que uma definição deve considerar como dois aspectos alternativos, a abertura à circulação ou a utilização comum da via de tráfego. Assim, as ruas, as avenidas e os similares são vias públicas, como também o é, por exemplo, o pátio do posto de gasolina ou do shopping ou o estacionamento de um supermercado, pois estes possuem utilidade pública.<sup>270</sup>

Lamentável que o legislador tenha deixado a critério dos operadores do direito, a conceituação de via pública, eis que por vezes o crime só ocorrerá, se a conduta for nela realizada. Sendo, nestes casos, considerada elementar para o cometimento do ilícito penal. Assim, a falta de uma conceituação clara do real significado de via pública sugere inúmeras interpretações, causando a chamada insegurança jurídica, ferindo, conseqüentemente, o princípio da taxatividade.

Neste sentido ousa discordar dos insígnis autores, quando estes “sugerem” a possibilidade do autor ser responsabilizado criminalmente, por infração cometida em locais não especificamente destinados ao tráfego de veículos, tais como grandes jardins, praças, calçadas, passeios, terrenos, gramados, pátio do posto de gasolina ou do shopping ou o estacionamento de um supermercado etc. Ora o artigo é claro a exigir que a conduta ocorra em “via pública”, do contrário não haverá crime, ao menos de trânsito, restando ao intérprete buscar a penalização em outro ordenamento jurídico, sob pena de se interpretar a norma extensivamente e de maneira mais gravosa ao agente, o que sabemos, o Direito Penal moderno abomina.

No sentido do acima exposto, apontando a necessidade de interpretar o tipo de forma restritiva, assevera Mitidiero:

---

<sup>269</sup> Idem, p. 151.

<sup>270</sup> BEM, Leonardo Schmitt de. *op. cit.*, p. 167.

Observe-se, entretanto, e por isso equivocado, em parte, Rizzardo, não haver confundir as vias abertas à circulação com aquelas existentes em propriedades privadas, construídas para uso particular do proprietário, convidados, visitantes autorizados, clientes, familiares, empregados etc., tais como as das propriedades rurais, de pátios de fábricas e indústrias, as existentes em estacionamentos de supermercados, de centro de lojas (no singular, em inglês, “Shopping Center”), em feiras industriais, em estacionamentos de jôqueis clubes, de estádios de futebol, de áreas de postos de gasolina, de seus estacionamentos, dos estacionamentos particulares etc., já que estas não são “abertas à circulação” e, sim, eventualmente postas à disposição das pessoas, ou seja, de convidados, visitantes, clientes e outros, dessumindo-se, daí, claramente não incidentes as regras do CTB sobre os fatos nelas ocorridos.<sup>271</sup>

Já no concernente ao desrespeito ao princípio da proporcionalidade, tenho que pelo fato do crime de embriaguez ao volante ser um crime de perigo, que visa justamente evitar o dano, não se pode admitir que seja apenas mais severamente do que um crime em que o resultado que este queira evitar venha a ocorrer.

E os exemplos são notórios, como no caso de homicídio culposo tipificado no Código Penal (art. 121, § 3º), em que a pena máxima em abstrato é idêntica à pena máxima prevista para o crime de embriaguez ao volante. Penalização no mínimo questionável. Outra situação ilustrativa é o fato da pena prevista para o crime ora debatido ser consideravelmente superior à do crime de lesão corporal dolosa, previsto no caput do art. 129, do Código Penal, bem como em face do crime de lesão corporal culposa de trânsito (art. 303, CTB).

De maneira que, soa estranho um crime de “perigo abstrato” ser apenas de maneira igual ou superior a um crime de dano, resultado que aquele tenta evitar.

Outro fato que merece ser destacado é o inegável retrocesso quanto à técnica legislativa adotada pelo legislador pátrio, porquanto na primitiva redação do artigo 306 só haveria crime se ficasse demonstrado ter ocorrido um dano em potencial à incolumidade de outrem, leia-se

---

<sup>271</sup> MITIDIERO, Nei Pires. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**: direito de trânsito e direito administrativo de trânsito. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 19-20.

perigo concreto, ao passo que na atual redação, nosso legislador instigado pela mídia que, conforme fartamente demonstrado no capítulo anterior tem demonstrado um poder de manipulação cujos limites ainda não se sabe quais são, adotou uma nova postura, passando a fazer uso dos crimes de perigo abstrato, entendendo ser desnecessária a demonstração de qualquer perigo para a existência do crime.

Ora, tal formulação jurídica, não resta dúvida fere o princípio da ofensividade, porquanto em um Direito Penal de modelo garantístico, a fórmula: desvalor da ação + desvalor do resultado jurídico, faz com que o delito, não seja uma mera desobediência à norma, tampouco só desvalor da ação, ou seja, unicamente uma ação ou omissão dolosa ou imprudente e ilícita. Segundo a perspectiva do direito penal da ofensividade, a ação ou omissão penalmente relevante é tão só a que causa uma ofensa (lesão ou perigo) ao bem jurídico. O delito não se fundamenta, por conseguinte, exclusivamente na ação, senão, sobretudo, no resultado (em sentido jurídico, não naturalístico).<sup>272</sup>

Crime não é só desobediência à norma: se a ação lesiva (concretamente ofensiva) é a base do delito, não há dúvida de que não pode constituí-lo jamais a simples manifestação de uma vontade contrária a uma obrigação jurídica, que se esgota na ação. Para a existência do delito, para além da presença de uma ação ou omissão (uma conduta humana voluntária), também se faz necessário um resultado jurídico, que consiste numa perturbação (intolerável) do bem tutelado, isto é, de uma liberdade alheia. A concepção do crime como mera desobediência à norma viola o disposto no art. 13 do CP (que exige o resultado para a existência do crime).<sup>273</sup>

A função garantista ou de segurança do princípio da legalidade se reduz a praticamente nada ou se aniquila quando se autoriza catalogar como delito qualquer tipo de conduta ou de pena ou “se concedesse ao legislador ordinário, de modo absoluto, a possibilidade de determinar o que lhe aprouvesse; ele poderia dispor que é delito toda conduta antissocial ou que não é pena a privação da vida, desde que haja ordem governamental”.<sup>274</sup>

A fundamentação constitucional do conceito de delito entendido como ofensa a um bem jurídico, por conseguinte, para além da constatação de que a legalidade do delito não pode jamais significar uma

---

<sup>272</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 112.

<sup>273</sup> Idem, p. 112.

<sup>274</sup> Idem, p. 116.

atividade vazia ou arbitrária, conta com outras dimensões. Em outras palavras, o princípio da ofensividade obriga que a atividade de criminalização primária seja taxativa, clara e inequívoca e, de outro lado, determina uma das missões do Direito Penal ou da pena, que outra não é senão a de proteção de bens jurídicos.<sup>275</sup>

Todas as decisões político-criminais consistentes em ampliar ou restringir o âmbito do punível deve levar em conta o conceito material de delito sugerido, sem prejuízo, além disso, de que toda decisão sobre criminalizar ou descriminalizar determinada conduta deveria também ser precedida de investigações empíricas (criminológicas) sobre o impacto real da decisão na sociedade, o grau de danosidade social da conduta, o impacto no potencial infrator, em sua família, em seu grupo de trabalho etc. Toda decisão político-criminal que não conta com o respaldo dessas orientações criminológicas move-se num terreno movediço, oscilante e meramente intuitivo.<sup>276</sup>

Se a primeira exigência (emanada da teoria constitucionalista do delito) orienta que o resultado jurídico deve ser concreto, resulta claro que o direito penal da ofensividade é incompatível com o perigo abstrato (ou presumido). Não há espaço no direito penal fundado na pena privativa de liberdade para o perigo abstrato. A jurisprudência brasileira, entretanto, nem sempre segue esse paradigma liberal e democrático, que resulta flagrantemente violado quando o juiz reconhece o perigo abstrato como base para a imposição de uma pena.<sup>277</sup>

O mais grave é que o art. 13 do CP exige um resultado para a existência do crime. No perigo abstrato não há resultado. Logo, infere-se que no perigo abstrato condena-se uma pessoa por um fato que não constitui crime (o primeiro axioma garantista de Ferrajoli) é patente. Trata-se de um castigo pré-delitual (castigo imposto antes mesmo da ocorrência de um crime). Isso é ofensivo à dignidade da pessoa humana. Abala profundamente os pilares do nosso Estado constitucional e humanista (ou humano-centrista) de direito.<sup>278</sup>

Tal descompasso demonstra que o legislador pátrio, ao criar uma lei de ocasião, esqueceu-se de toda a sistematização do Direito Penal, criando enormes dificuldades para a sua aplicabilidade prática.

---

<sup>275</sup> Idem, p. 116.

<sup>276</sup> Idem, p. 119.

<sup>277</sup> Idem, p. 122.

<sup>278</sup> Idem, p. 123.

### 3.6 VIOLAÇÃO DE SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER PERMISSÃO OU CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO

Art. 307. Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código: Penas - detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

Certamente o crime ora apresentado não visa resguardar a vida ou mesmo a segurança viária, senão a pena restritiva de direito, imposta por decisão judicial ou administrativa, tutelando portanto, a administração da justiça. Nesse sentido, flagrante é o desrespeito aos princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade, porquanto é sabido que o Direito Penal representa a ingerência mais gravosa na liberdade das pessoas. Eis porque o legislador, antes da tipificação penal, deve passar em revista os outros ramos do Direito para verificar a existência de penas aplicáveis à ação lesiva e, havendo adequação e suficiência destas, concluir pela desnecessidade de incriminar.<sup>279</sup>

E, nesse caso, os princípios acima foram ignorados, visto que o legislador julgou que as penalidades de multa e de apreensão do veículo previstas no art. 162, II, da lei 9.503/97 eram insuficientes para a salvaguarda do bem jurídico penal.<sup>280</sup>

O princípio da proporcionalidade também foi desrespeitado pelo presente dispositivo, porque há flagrante incongruência entre a pena cominada a presente infração e aquela prevista ao crime previsto no art. 309 da lei de trânsito, porquanto a simples condução pelo agente suspenso do direito de dirigir, ainda que prudente, enseja sua responsabilização criminal, pois para este crime não se exige o perigo de dano à vida ou à integridade física de outrem (perigo concreto). Por outro lado, ao cassado em seu direito de dirigir (situação mais grave), exige-se o efetivo perigo a outrem para eventual responsabilização pelo art. 309 da lei 9.503/97. Dito de outro modo, para uma conduta mais

<sup>279</sup> BEM, Leonardo Schmitt de. *op. cit.*, p. 195.

<sup>280</sup> Idem, p. 195.

grave, (art. 309), exige-se que haja a ocorrência do perigo em concreto, ao passo que para uma conduta menos gravosa (art. 307), a exigência é de que basta o perigo em abstrato para que o crime se perfectibilize. O curioso ainda é que para o suspenso o juiz deve aplicar cumulativamente as penas de multa e detenção, porém ao cassado terá a faculdade de escolher qual aplicar. Flagrante, portanto, o desrespeito ao princípio da proporcionalidade.<sup>281</sup>

### 3.7 COMPETIÇÃO NÃO AUTORIZADA (ART. 308) E DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM PERMISSÃO OU HABILITAÇÃO OU AINDA SE CASSADO O DIREITO DE DIRIGIR (ART. 309)

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada: Penas - detenção, de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Nos crime acima fica evidenciado, assim como nos demais, o desrespeito ao princípio da intervenção mínima, visto que ambas as conduta já se encontram devidamente tipificadas como infrações administrativas, punidas com penalidade de multa e suspensão do direito de dirigir ou apenas multa, dependendo da infração, o que, salvo melhor juízo, nos parece a espécie mais adequada de punição, no concernente à condutas de perigo (concreto ou abstrato).

---

<sup>281</sup> Idem, p. 196.



### 3.8 PERMISSÃO OU ENTREGA TEMERÁRIA DA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A DETERMINADAS PESSOAS

Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor à pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Não poderia passar despercebida no presente dispositivo a sua questionável constitucionalidade, uma vez que denota-se a corporificação de um crime de perigo abstrato, aproximando-se em muito, de uma responsabilidade penal objetiva, indo de encontro ao princípio da culpabilidade.

O disparate é tamanho, que no crime de dirigir sem habilitação, o legislador exige para a configuração da figura penal, que haja um dano em potencial, que a doutrina majoritária entende tratar-se de um perigo em concreto, sendo que para a figura em discussão, bastaria a voluntariedade na entrega ou permissão, independentemente de qualquer resultado, seja de dano ou de perigo, para que o crime estivesse caracterizado.

E outro não é o entendimento de Damásio de Jesus, quando afirma:

No que tange ao primeiro tipo penal, em que o sujeito entrega etc. a direção de veículo a pessoa com habilitação cassada etc., cremos que há definição de um crime de perigo presumido, que, para nós, já não existe em nossa legislação. (...) Se simplesmente dirigir veículo sem habilitação não configura crime, a participação pela entrega da direção etc. não pode constituir delito autônomo. Se o fato principal (a direção) não é típico, a participação (entrega da direção do veículo) não pode ser transformada e delito autônomo. O legislador não pode converter uma participação atípica numa conduta típica autônoma. Por isso a norma deve ser considerada inconstitucional, pela presunção do perigo.<sup>282</sup>

---

<sup>282</sup> JESUS, Damásio de. *op. cit.*, p. 208.

Ariosvaldo de Campos Pires/Sheila Jorge Selim de Sales não são indiferentes ao tema, assim se posicionando:

Todavia, o que distingue a figura delituosa em exame das infrações administrativas previstas nos arts. 163 e 164 é o resultado que se exige no art. 310: o perigo concreto. Apenas por interpretação sistêmica, portanto, pode-se chegar a tal conclusão. Afirmando-se que a figura típica em questão prevê um crime de perigo abstrato, importa declarar sua correlativa inconstitucionalidade, por força do princípio da ofensividade, afirmado no Direito Penal moderno, em especial, na doutrina italiana. Também o princípio da presunção de não-culpabilidade (ou da inocência) contraria a tese de perigo abstrato.<sup>283</sup>

Leonardo de Bem em relação ao tem também assevera:

Entendo que a presente ação nada mais representa do que uma participação no crime de direção de veículo automotor sem permissão ou habilitação (art. 309), porém punida de forma autônoma. Para este é imprescindível que da condução advenha um perigo concreto ao objeto de ação. Desta forma, esta mesma circunstância também se faz necessária à tipificação do presente delito, devendo ser afastada a idéia de que se trata de crime de perigo concreto apenas quando a norma de forma expressa enuncia que o perigo é elemento constitutivo do fato. Logo, não é suficiente, a meu ver, que o pai empreste o veículo ao filho menor e sem habilitação, embora seja o entendimento majoritário na doutrina e sua aplicação seja constante.<sup>284</sup>

De muito o Direito Penal abomina a criminalização de condutas que não tenham um resultado lesivo, seja a título de perigo, seja a título de dano. E quando situações do tipo ocorrem, outra saída não há que o reconhecimento de sua inconstitucionalidade ante o ferimento do princípio da culpabilidade.

<sup>283</sup> PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALLES, Sheila Jorge Selim de. *op. cit.*, p. 245.

<sup>284</sup> BEM, Leonardo Schmitt de. *op. cit.*, p. 221.

### 3.9 VELOCIDADE INCOMPATÍVEL (ART. 311)

Art. 311. Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Em relação ao crime de velocidade incompatível, tipificado no art. 311, do CTB, o legislador ao descrever a figura delituosa, a fez de forma ampla, aberta, sem precisar o significado de “velocidade incompatível”, ferindo assim, o princípio da taxatividade, que foi amplamente externado alhures.

### 3.10 FRAUDE PROCESSUAL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO (ART. 312)

Art. 312. Inovar artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo, ainda que não iniciados, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere.

Aqui como alhures, o legislador pecou pelo excesso, uma vez que a não se fazia necessário a criação do tipo penal acima, porquanto já há figura semelhante prevista no art. 347 do Código Penal.

### 3.11 (I) LEGITIMIDADE DOS CRIMES DE TRÂNSITO

Após o acima exposto, é possível identificar dois grandes métodos priorizados pelo CTB na caminhada da barbárie à civilização

do trânsito brasileiro, a saber, educar e punir, mas com profunda hegemonia do segundo sobre o primeiro.<sup>285</sup>

A hipercriminalização do cotidiano do trânsito e o elenco de penas adotado (registre-se a pena de prisão em *primeira ratio* para os crimes de trânsito, eis que cominada para todos, indistintamente, e os altos valores das multas) revelam que o CTB apostou alto na retribuição e na prevenção geral, ou seja, na ilusão do poder intimidatório da punição.<sup>286</sup>

Reproduz-se, dessa forma, uma polarização ideológica maniqueísta entre o bem (vítimas e autoridades) e o mal (criminosos de trânsito) e uma associação entre os conceitos de segurança e criminalidade, da qual resulta um conceito de segurança no trânsito centrado nas idéias de punição e prevenção à criminalidade, apostando-se em dois grandes sistemas burocráticos e repressivos, em crise de legitimidade, a saber, o sistema penal (Lei-Polícia-Ministério Público-Justiça-sistema penitenciário) e o sistema nacional de trânsito e, subsidiariamente, em um sistema educacional a ser implantado, como métodos hábeis para instrumentalizar o controle da acidentalidade e, portanto, a segurança declarada.<sup>287</sup>

O afã criminalizador levou por sua vez a violar, em vários momentos, o princípio da legalidade e a técnica penal construída em dois séculos para a garantia dos cidadãos contra punições arbitrárias. Se existe uma política “criminal” orientando o CTB, ela pode ter escutado a voz do poder de plantão e o senso comum, mas certamente não escutou, nem a ciência nem a experiência (a realidade do próprio país), carecendo de uma sólida base científica, teórica e empírica, pois, além de apostar nas funções já cientificamente desmitificadas da pena e do sistema penal, estendendo-as para o Direito Administrativo, aparece latentemente influenciado por uma visão alienígena.<sup>288</sup>

Ao orientar-se, pois, pelos paradigmas da beligerância e do etnocentrismo, contraria a moderna orientação político-criminal minimalista e abolicionista que, baseada em meio século de investigação criminológica teórica e empírica, consubstancia conclusões científicas irreversíveis no campo da criminalidade e da resposta punitiva.<sup>289</sup>

Quanto à prevenção geral, a Criminologia demonstra que é impossível avaliar empiricamente o impacto intimidatório da pena em

---

<sup>285</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *op. cit.*, p. 158.

<sup>286</sup> Idem, p. 162.

<sup>287</sup> Idem, p. 164-165.

<sup>288</sup> Idem, p. 171.

<sup>289</sup> Idem, p. 171.

abstrato e, se alguma avaliação pode ser feita a respeito, é de que não possui a eficácia declarada pelo sistema penal, como o demonstram, por sua vez, os inúmeros dados empíricos existentes sobre a reincidência ou o aumento dos índices criminais após agravamento qualitativo ou quantitativo das penas (como no Brasil após as Leis que instituíram os crimes hediondos ou em Estados americanos após implantação de prisão perpétua ou pena de morte). Em suma, não apenas inexiste fundamento científico para sustentar que o endurecimento da repressão guarde uma proporção direta com a redução das infrações e crimes, quanto existe comprovação empírica de que persistem, apesar do seu impacto. Razão pela qual é ilusório esperar que a intimidação pela severidade das sanções penais e administrativas (especialmente pelo alto valor das multas) possa, por si só, diminuir a accidentalidade de trânsito. Este é um silogismo simplista que só obedece às regras da razão abstrata e só no campo da abstração pode sustentar. Mas não resiste ao mais leve toque empírico.<sup>290</sup>

Quanto à prevenção especial, é desnecessário insistir no óbvio. Não se necessitam das milhares de páginas criminológicas escritas sobre o “mito” da ressocialização, mas basta ser um observador ou expectador de televisão – a Criminologia dá suporte científico à evidência – para se convencer de que o sistema penitenciário não apenas é incapaz de ressocializar (o problema é estrutural e conceitual e não conjuntural) mas, ao contrário, implica uma “fabricação de criminosos” e uma duplicação da violência inútil (e cada vez mais incontrolável pelo poder público), com o agravante dos seus altos custos sociais.<sup>291</sup>

Tratando-se da infra-estrutura, a caótica situação do sistema penitenciário brasileiro – retratada pela mídia e pelos últimos censos penitenciários publicados no país a partir de 1994 pelo Conselho Nacional de Polícia Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça – evidencia não apenas a absoluta inviabilidade, mas a impossibilidade mesmo de se insistir na pena privativa de liberdade como resposta punitiva, o que é particularmente válido para os crimes de trânsito.<sup>292</sup>

Em suma, a Criminologia contemporânea e a evidência empírica, ou seja, a realidade dos nossos sistemas penais e penitenciários mostra, com uma exuberância tal que beira às raias da alucinação, não apenas a absoluta inutilidade da pena de prisão, mas a duplicação da violência que ela implica com o agravamento dos seus altos custos sociais. Tratar

---

<sup>290</sup> Idem, p. 173-174.

<sup>291</sup> Idem, p. 173-174.

<sup>292</sup> Idem, p. 173-174.

a violência do trânsito com a violência do sistema penitenciário implica uma duplicação da violência inútil e numa ilusão de solução. Por todos esses motivos é que as Ciências criminais contemporâneas já firmaram a convicção em duas grandes linhas de política criminal: a do minimalismo (sustentando a utilização da prisão como pena em *ultima ratio*) e a do abolicionismo penal (sustentando a necessidade de sua abolição), donde o tema emergente das penas alternativas à prisão, quando o CTB acaba de adotá-la em *prima ratio* para todos os crimes de trânsito.<sup>293</sup>

Porém, mais do que limites, por conter inúmeros centros irradiadores de polêmica, Vera Andrade visualiza nele as potencialidades de uma “eficácia invertida”, no campo criminológico e político-criminal, pois ao hipercriminalizar o cotidiano do trânsito, inflacionando as infrações e os crimes, o Código desenha, antes que o mapa da segurança, o mapa da impunidade e da insegurança.<sup>294</sup>

Inversamente, pois, na defasagem entre o prometido e o possível de realização, o que se potencializa e redimensiona na sociedade é a sensação de impunidade e insegurança. O efeito social mais perigoso parece ser, de fato, a perda crescente de poder e credibilidade do Direito, pois se antes havia a escusa da legislação e punição deficitárias, para combater a criminalidade de trânsito, agora a opinião pública necessitará de novas e convincentes escusas. O que volta a realimentar a incerteza, a insegurança e o temor na população e, inclusive, a indignação social e a rejeição, ao invés da adesão ideológica ao novo Código (pois é evidente a gravidade dos acidentes, mutilações e mortes no trânsito), voltando a desacreditar o sistema, num mecanismo de *feed-back*.<sup>295</sup>

O chamado “clamor social”, por sua vez, pela radicalização repressiva como meio de solução do problema (cuja autenticidade até certo ponto socialmente construído pelos meios de comunicação de massa), ingressa por essa via numa espiral sem retorno.<sup>296</sup>

De sorte que é preciso perceber que o Direito Penal não tem um único objeto – a não ser a pena – que lhe seja próprio e intrínseco. Em tudo o mais é residual – por isso *subsidiário* - e descontínuo quanto ao objeto – por isso *fragmentário* -, incumbindo-lhe apenas a tutela e a intervenção não apenas diante de situações de excepcional gravidade, mas sobretudo diante da falência de outras técnicas de proteção. Sem a

---

<sup>293</sup> Idem, p. 175.

<sup>294</sup> Idem, p. 176 - 177.

<sup>295</sup> Idem, p. 177 - 178.

<sup>296</sup> Idem, p. 177 - 178.

aceitação da idéia de que o Direito Penal deve caminhar na direção oposta a do seu desenvolvimento ampliativo de fronteiras, sem assunção da crítica de que sua intervenção pode ser tão ou mais devastadora que a do próprio delito (*lesividade*) e de que a segurança social e individual que reclama a sua aplicação obriga a uma intervenção mínima, como critério também de minimização dos riscos sociais de sua penetração desmedida no cerceamento de condutas humanas, enfim, sem a profissão de fé de que o seu desenvolvimento se orienta praticamente no sentido de sua quase-extinção, não será possível aproximar, ao menos no tom que pretendemos, o Direito Penal da Constituição, mas num sentido que insistimos, seja simultaneamente novo e radical.<sup>297</sup>

---

<sup>297</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 50.





## CONCLUSÃO

Ao término do presente estudo, conclui-se que o legislador brasileiro, influenciado por um pseudo “clamor social”, inflado por uma mídia sedenta por um Direito Penal Máximo, um Direito Penal Policialesco, com características de ditatorial, ao penalizar condutas de caráter meramente administrativos, criando os chamados crimes de trânsito, mais uma vez excedeu-se em seu *mister*, pois valeu-se de um meio de controle social desproporcional ao tamanho da lesão, que a meu juízo carece de eficácia como resposta para tratar condutas inadequadas no trânsito.

Quando deu vida a mais uma lei de ocasião, que traz em seu bojo muito mais uma função simbólica do que, propriamente, uma eficácia jurídica, pois seus resultados são duvidosos, bastando abrir os jornais e revistas, ou ainda, assistir ao noticiário televisivo, para se deparar com a total ineficácia da política adotada, porquanto o legislador tenta passar a impressão tranquilizadora de um Estado presente e de um legislativo atento e atuante.

Tal política, calcada em ações impactantes e de momento, traz consigo a criação de tipos penais ou mecanismos de repressão desnecessários, passando por cima de uma política criminal minimalista, baseada em uma sólida investigação criminológica, que tem no homem o seu ponto central.

Uma política centrada na hipertrofia do Direito Penal, com a criação excessiva e descriteriosa de tipos penais, tende com passar do tempo, a sofrer o esvaziamento de sua força intimidadora, restando como consequência o descrédito da opinião pública.

Ao contrário do afirmado por muitos, que consideraram a legislação de trânsito brasileira um grande avanço, ao término do presente estudo, vislumbro exatamente o contrário, uma vez que o Código de Trânsito Brasileiro pouco inovou, visto que a maioria de seus dispositivos nada mais são do que uma compilação da legislação anterior e, onde inovou, a exemplo a criação de um capítulo destinado à criminalização de algumas condutas tidas como mais graves, andou mal.

E andou mal porque ao criar o chamado Direito Penal de Trânsito, fez uso de um procedimento em total desarmonia com um Direito Penal de índole garantística. Valendo-se de uma reforma penal pontual, cuja justificativa é, conforme mencionado acima, um “clamor social”, um clamor social da mídia, que ao mesmo tempo que manipula, é manipulada, uma vez que é o instrumento de convencimento para uma política de ocasião.

Na elaboração do Direito Penal de Trânsito, o legislador pátrio foi duplamente infeliz. Primeiro porque usou de uma técnica legislativa completamente equivocada, fazendo uso de terminologias inadequadas, como é o caso dos crimes de lesão corporal culposa e de homicídio culposos de trânsito, onde inseriu na tipificação do crime o seu *nomen iuris*, ao invés de destacar o verbo informador da conduta.

Segundo porque desrespeitou toda a sistemática do Direito Penal moderno, pecando pelo excesso em todos os seus dispositivos, quer seja em relação às penas desproporcionais ao bem jurídico atacado, ferindo os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, igualdade, quer seja pela sua desnecessidade, ferindo os princípios da intervenção mínima (necessidade), ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade, que tem no princípio da legalidade o seu fator desencadeador.

Pelo exposto, nos parece faltar ao Direito Penal, a idoneidade necessária como meio de controle social, quando outros ramos do Direito, a exemplo: Direito Civil, Tributário, Comercial e principalmente o Direito Administrativo, poderiam perfeitamente equacionar o problema, dando respostas mais eficazes, e o que é melhor, sem o trauma da penalização.

De maneira que, após o término desse exaustivo e gratificante estudo, só nos resta reconhecer a ilegitimidade e ineficácia de toda a legislação penal de trânsito, uma vez que não se pode admitir uma intimidação penal pelo terror, valendo-se do Direito Penal como solução para as demandas sociais, pois vivemos, ou deveríamos viver, em um Estado Social Democrático de Direito, carecendo o legislador infraconstitucional, de legitimidade para a inversão da ordem posta.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ANDRADE, Vera Regina de Andrade. **Sistema penal máximo X cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Básica, 1998, p. 43.

BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal de trânsito**: comentários aos crimes da lei 9.503/97 sob a ótica da teoria da imputação objetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Coordenador: Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CADERMATORI, Sergio. **Estado de direito**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millenium, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Luman Juris, 2002.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do espetáculo**. São Paulo: Contraponto, 1997.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MLULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **CTB**: primeiras notas interpretativas. In. Boletim do IBCCrim. São Paulo, n. 61, p. 5, dez. 1997.

\_\_\_\_\_. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JÚNIOR, Arno Dal Ri. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

KARAM, Maria Lúcia, Boletim do IBCCrim, nº 107, outubro de 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4. ed. vol I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal.** Fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Crimes de trânsito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Princípio da insignificância no direito penal (Análise à luz das leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual).** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional do direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MITIDIERO, Nei Pires. **Comentários ao código de trânsito brasileiro:** direito de trânsito e direito administrativo de trânsito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALLES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal:** legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito penal - Parte geral.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Luman Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo jurídico e controle da constitucionalidade material.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. Organizador: Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Método, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner (org). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – Uma construção hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUANES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. vol I, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – Parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.